

Der Anspruch auf Beschäftigung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Achim Lepke
Gerichtsassessor in Berlin

1966

1967

Der Anspruch auf Beschäftigung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Achim Lepke
Gerichtsassessor in Berlin
1966

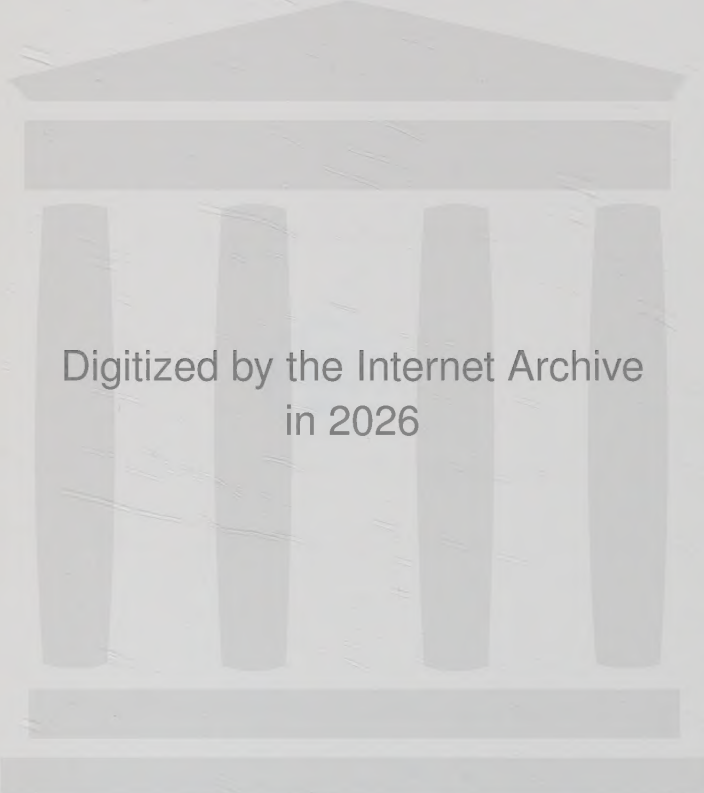


Erstgutachter: Professor Dr. iur. Karl Sieg

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Herbert Wiedemann

Tag der mündlichen Prüfung: 24. April 1967

MEINEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

G l i e d e r u n g

=====

Erster Teil:

<u>Problematik und Bedeutung des Anspruches auf Beschäftigung</u>	S. 1
A <u>Problematik der Untersuchung</u>	S. 1
I. Begriff des Beschäftigungsanspruches	S. 1
II. Der Anspruch auf Beschäftigung im Verhältnis zum	S. 5
1. Recht auf Arbeit	S. 5
2. Recht zur Arbeit	S. 7
3. Recht am Arbeitsplatz	S. 8
B <u>Bedeutung eines Anspruchs auf Beschäftigung</u>	S. 11

Zweiter Teil:

<u>Der Beschäftigungsanspruch in geschichtlicher Sicht bis zur Gegenwart</u>	S. 25
A <u>Bis zum Inkrafttreten des BGB</u>	S. 25
B <u>Nach dem Inkrafttreten des BGB bis zum Ende der Weimarer Republik</u>	S. 26
I. Allgemeines	S. 26
II. Sonderfälle	S. 28
1. Beschäftigungsanspruch der Schaspieler	S. 28
2. Beschäftigungsanspruch kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung	S. 31
3. Beschäftigungsanspruch nach dem Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923.	S. 34
III. Nipperdeys Ansicht	S. 35

C	<u>Unter der Geltung des AOG</u>	S. 36
I.	Weitgehende Anerkennung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches	S. 36
II.	Standpunkt des Akademie-Entwurfs	S. 39
III.	Gegenteilige Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	S. 39
D	<u>In der Gegenwart</u>	S. 41
I.	Eine allgemeine Beschäftigungspflicht ablehnende Meinungen	S. 41
II.	Einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bejahende Auffassungen	S. 43
1.	Schrifttum	S. 43
2.	Rechtsprechung	S. 50

Dritter Teil:

Die Beschäftigungspflicht auf Grund gesetzlicher Regelungen und Auslegung sowie vertraglicher Vereinbarungen

S. 55

A	<u>Gesetzliche Regelungen</u>	S. 55
I.	Lehrling	S. 55
II.	In Heimarbeit beschäftigte Frau	S. 57
III.	Betriebsratsmitglied	S. 59
IV.	Schwerbeschädigter	S. 69
1.	Vertretene Meinungen vor dem Erlass des SchwebG von 1953	S. 70
2.	Rechtslage seit dem Inkrafttreten des SchwebG von 1953	S. 72
V.	Bergmann	S. 79
VI.	Akkordarbeiter und Arbeitnehmer auf Provisionsbasis	S. 82
VII.	Arbeitszeitordnung	S. 85
VIII.	Schiffsbesatzungen	S. 86

B <u>Kollektivrechtliche Regelungen</u>	S. 88
C <u>Einzelvertragliche Vereinbarungen</u>	S. 92
I. Ausdrückliche Vereinbarung	S. 92
II. Im Wege der Auslegung	S. 92

Vierter Teil:

<u>Beschäftigungsanspruch bei Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher und vertraglicher Grundlagen</u>	S. 97
---	-------

A <u>Normative Ableitung</u>	S. 97
------------------------------------	-------

I. Normen außerhalb des BGB	S. 97
-----------------------------------	-------

1. Grundgesetz	S. 97
----------------------	-------

a. Drittwirkung von Grundrechten	S. 97
--	-------

b. Artikel 1 und 2 GG	S. 99
-----------------------------	-------

c. Recht auf Arbeit	S. 101
---------------------------	--------

2. Recht am Arbeitsplatz	S. 104
--------------------------------	--------

II. Normen des BGB	S. 106
--------------------------	--------

1. Arbeits- und Schuldrecht	S. 106
-----------------------------------	--------

2. Dienstvertragsrecht des BGB	S. 107
--------------------------------------	--------

3. Andere Bestimmungen des BGB	S. 112
--------------------------------------	--------

B <u>Ableitung aus der Fürsorgepflicht</u>	S. 120
--	--------

I. Voraussetzung: Interessenlage	S. 120
--	--------

1. Allgemeines	S. 120
----------------------	--------

2. Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers	S. 123
--	--------

a. Beschäftigungsinteresse einzelner Arbeitnehmergruppen	S. 123
--	--------

aa. Arbeitnehmer künstlerischer Berufe im weiteren Sinne	S. 123
--	--------

bb. Arbeitnehmer mit wissenschaftlicher Vorbildung	S. 127
--	--------

cc. Arbeitnehmer mit besonderer beruflicher Vorbildung	S. 129
--	--------

b. Zum Beschäftigungsinteresse eines jeden Arbeitnehmers	S. 131
--	--------

II. Fürsorgepflicht	S. 136
1. Bewertung der menschlichen Arbeitskraft	S. 136
2. Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Rechtsverhältnis	S. 139
3. Ergebnis	S. 148

Fünfter Teil:

<u>Inhalt und Wegfall des Anspruches auf Beschäfti- gung</u>	S. 149
--	--------

A <u>Inhalt</u>	S. 149
-----------------------	--------

I. Angemessene oder vertragsgemäße Beschäfti- gung	S. 149
II. Erforderliches Arbeitgeberverhalten	S. 152
1. Arbeitssubstrate	S. 152
2. Naturalanspruch aus § 618 BGB	S. 153
3. Hausrecht und Beschäftigungsanspruch	S. 154

B <u>Beschäftigungsanspruch im kurzfristigen und auslaufenden Arbeitsverhältnis</u>	S. 159
---	--------

I. Kurzfristiges Arbeitsverhältnis	S. 159
II. Vorübergehende Nichtbeschäftigung, insbeson- dere des gekündigten Arbeitnehmers	S. 161
1. Überwiegende Auffassung in Rechtspre- chung und Literatur, Regelung des § 545 HGB	S. 161
2. Kritische Bemerkungen	S. 162
3. Beschäftigungsverlangen und Grund zur fristlosen Entlassung	S. 166

C <u>Wegfall der Beschäftigungspflicht</u>	S. 167
--	--------

I. Unmittelbare gesetzliche und vertragliche Grundlagen	S. 167
1. Gesetzliche Grundlagen	S. 167
2. Vertragliche Vereinbarungen	S. 167

II. Wegfall wegen wichtigen Grundes	S. 170
1. Allgemeine Kriterien	S. 170
2. Geltendmachung	S. 175
3. Einzelne Gründe	S. 177
a. Wirtschaftliche und innerbetriebliche Gründe	S. 177
b. Gründe, die in der Person des Arbeit- gebers liegen	S. 179
c. Durch die Person oder das Verhalten des Arbeitnehmers bedingte Gründe	S. 182
aa. Eignungsmangel	S. 182
bb. Verdacht strafbarer oder pflicht- widriger Handlungen	S. 182
cc. Verletzung von Wettbewerbsverboten	S. 184
dd. Vom Arbeitnehmer nicht zu vertre- tende Umstände	S. 184
ee. Parteipolitische Betätigung im Betrieb	S. 185
ff. Beschäftigungsanspruch und Ar- beitskampf	S. 187
III. Insbesondere Suspendierung	S. 188

Sechster Teil:

Folgen der Verletzung des Beschäftigungsanspruches

S. 191

A <u>Materielles Recht</u>	S. 191
I. Erfüllungsanspruch	S. 191
II. Anspruch auf Schadensersatz	S. 194
III. Vertragsstrafe	S. 198
IV. Kündigung aus wichtigem Grund	S. 199
B <u>Verfahrensrecht</u>	S. 201
I. Zwangsvollstreckung	S. 201
II. Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen	S. 207

Abkürzungen

Hinsichtlich der im Text vorkommenden Abkürzungen wird auf die bei

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
Berlin 1957,

zusammengestellten Abkürzungen verwiesen. Daneben finden folgende Abkürzungen Verwendung:

AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
BOSchG	Bühnenoberschiedsgericht, Fundstellen der Entscheidungen bei Riepenhausen, Das Arbeits- recht der Bühne, 2. Auflage und Ergänzungsband Berlin 1956 und 1965
DB	Deutsche Bühne, Amtliches Blatt des Bühnenver- eins
Diss.	Dissertation
GesO	Gesindeordnung
IG	Industriegewerkschaft
NAT	Nichtamtlicher Teil zum Reichsarbeitsblatt
NW	Neuer Weg, Halbamtliche Zeitschrift für das deutsche Theater und Amtliches Organ der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger
OAG	Oberappellationsgericht

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- =====
- Achilles-Greiff Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Auflage
Berlin 1958
- Auffarth-Müller Kündigungsschutzgesetz, Berlin und
Frankfurt/M. 1960
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 8. und 17. Auflage
München und Berlin 1951 und 1966
- Baumbach-Lauterbach ... Zivilprozeßordnung, 28. Auflage
München und Berlin 1965
- Becker, H.J. Schwerbeschädigtengesetz, 2. Auflage
Berlin und Frankfurt/M. 1962
- Becker, Willi Die Möglichkeit eines allgemeinen
Anspruches auf Beschäftigung, Heidel-
berger Juristische Dissertation 1951
- Beust, v. Der Bühnengagementsvertrag,
Züricher Staatswissenschaftliche
Dissertation 1911
- Bewer Das Recht auf Beschäftigung, in:
NZfA 1921, Sp. 30 ff
- Bewer Fürsorgepflicht und Beschäftigungs-
zwang, in: RArbBl MAT 1922, S. 702 ff
- Bewer Beschäftigungszwang, in: LZ 1924, Sp. 97 ff
- Blohm Schadensersatz bei Druckkündigung,
in: RdA 1955, S. 303 f
- Bobrowski Das Arbeitsrecht, 2. Auflage Heides-
heim 1954, 5. Auflage Heidelberg 1965,
bearbeitet von Gaul
- Boldt Zum Recht des Bergmannsversorgungs-
scheines, in: RdA 1956, S. 367 ff
- Bötticher Die Handhabung des Bestandsschutzes
beim Kettenvertrag, in: BB 1955, S. 673 ff
- Braun Der Schauspielervertrag,
Erlanger Juristische Dissertation 1913
- Bührig Betriebsvereinbarung und Arbeits-
zeitverkürzung, in: BB 1956, S. 963
- Bulla Mutterschutzgesetz und Frauenarbeits-
recht, München und Berlin 1954
- Citron-Hessel Grundlagen des Einzelarbeitsrechts,
Schauenburg/Lahr 1949

- Cohn Besprechung von Otto Opets, Deutsches Theaterrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 40, S. 542 ff
- Crome Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg/Br., Leipzig und Tübingen 1897
- Darwig Die othischen Pflichten im Arbeitsvertrag nach spanischem Recht, in: RdA 1953, S. 318 f
- Daubitz Das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, Erlanger Juristische Dissertation 1914
- Dauhs-Hein Kommentar und Rechtsprechung zum Schwerbeschädigtengesetz, Hamburg 1953
- Denecke Arbeitszeitordnung, 6. Auflage München und Berlin 1965
- Dernburg Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II 1. und 2. Abteilung Halle 1899/1901
- Dernburg Pandekten, II. Bd., 6. Auflage Berlin 1900
- Dersch Annahmeverzug beim Akkordvertrag, in: Kaskel, Der Akkordlohn, Berlin 1927, S. 162 ff
- Dersch Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin 1934
- Dersch Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, in: RdA 1949, S. 325 ff
- Dersch-Volkmar Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage Berlin und Frankfurt/M. 1955
- Diekhoff Zur Einschränkung des Hausrechts des Arbeitgebers, in: AuR 1958, S. 178 ff
- Dienstag Der Arbeitsvertrag des Filmschauspielers und Filmregisseurs, Berlin 1929
- Dienstag Besprechung von Hermann Finkelsteins, Das Rechts des Bühnen- und Filmschauspielers, in: Ufita Bd. 3, S. 338 ff
- Dienstag-Elster Handbuch des deutschen Theater-, Film-, Musik- und Artistenrechts, Berlin 1932
- Dietz Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 7. Auflage München und Berlin 1942
- Dietz Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts, in: Arbeitgeber 1950, S. 68 ff
- Dietz Mitbestimmungsrecht und Gewinnbeteiligung, in: RdA 1952, S. 41 ff
- Dietz Personalvertretungsgesetz, München und Berlin 1956

- Dietz Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage
München und Berlin 1960
- Dietz-Nikisch Arbeitsgerichtsgesetz,
München und Berlin 1954
- Eckstein Deutsches Film- und Kinorecht,
Mannheim/Berlin/Leipzig 1924
- Enneccerus-Lehmann . Recht der Schuldverhältnisse, 14. und 15.
Bearbeitung Tübingen 1954 und 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
1. und 2. Halbband, 15. Auflage Tübingen
1959 und 1960
- Entscheidungen zum Schwerbeschädigtengesetz, 41. Sonder-
heft zum RArbBl, Berlin 1927
- Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes,
28. Sonderheft zum RArbBl, Berlin 1923
- Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis
der Akademie für Deutsches Recht,
Hamburg 1938
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
3. Auflage Münster/Westfalen 1962
- Esser Lehrbuch des Schuldrechts, 1. und 2. Aufla-
ge Karlsruhe 1949 und 1960
- Eyermann-Fröhler ... Kommentar zur Handwerksordnung,
München und Berlin 1953
- Felisch Zum Reichstheatergesetz, in: DJZ 1909,
625 ff
- Felisch Theaterrecht, in: Das Recht 1909, Sp. 437. ff
- Felisch-Leander Die Rechtsprechung des deutschen Bühnen-
schiedsgerichts, 2. Auflage Berlin 1911
- Finkelstein Das Recht des Bühnen- und Filmschauspie-
lers auf Beschäftigung, Weimar 1930
- Fitting-Kraegeloh-
Auffarth Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage
Berlin und Frankfurt/M. 1962
- Forell Die Auswirkungen des § 2 Absatz 2 AOG auf
die privatrechtlichen Ansprüche der Be-
schäftigten,
Münchener Juristische Dissertation 1938
- Franke, Willy Das Recht auf Beschäftigung,
Jenaer Juristische Dissertation 1923
- Franke, Willy Die Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäf-
tigung der bei ihm eingestellten Schwerbe-
schädigten, in: GewKfmG Bd. 28, Sp. 143

- Franke Das Recht auf Arbeit und das Recht auf Beschäftigung, in: NZfA 1924, Sp. 547 ff
- Franke Begründet § 97 BRG ein Recht auf wirkliche Beschäftigung ? in: SchlW 1923, Sp. 191 ff
- Franke Hat der Lehrling ein Recht auf Arbeit? in: SchlW 1926, Sp. 10 f
- Franke Hat der Arbeitnehmer ein Recht auf Beschäftigung? in: NZfA 1925, Sp. 646 ff
- Franke Die Beschäftigungspflicht im Akkordvertrag, in: Kaskel, Der Akkordlohn, Berlin 1927, S. 220 ff
- Franke Zum Begriff der "Weiterbeschäftigung" im Sinne des § 87 Absatz 2 BRG, in: GewKfMG Bd. 29, Sp. 29 ff
- Frey Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10.11. 1955, in AuR 1957, S. 217 ff
- Frey Grundsätzliche Urteile aus der Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Die Quelle 1957, S. 127 ff
- Frey Das Verhältnis von Fürsorgepflicht und Treupflicht, in: AuR 1958, S. 203 ff
- Frey Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften, in: BB 1959, S. 528 ff
- Fülling Die Pflicht zur Beschäftigung Schwerbeschädigter, Leipzig und Erlangen 1923
- Galperin Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, in: Der Betrieb 1952, S. 186 ff
- Galperin Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1. Auflage Heidelberg 1953, 4. Auflage Heidelberg 1963, mitbearbeitet von Siebert
- Gierke, Otto v. Deutsches Privatrecht, III. Bd. Schuldrecht, München und Berlin 1917
- Giese Das Recht auf Beschäftigung, in: Die Quelle 1953, S. 28
- Goerrig Beschäftigungszwang des Arbeitgebers zugunsten der Betriebsratsmitglieder, in: SchlW 1924, Sp. 32 ff
- Goerrig Das Recht auf Beschäftigung, in: SchlW 1925, Sp. 21 ff
- Goldbaum Rechte und Pflichten des Schauspielers nach geltendem Recht, Berlin 1914
- Goldbaum-Jacoby Rechte und Pflichten der Bühnen- und Filmschauspieler, Berlin 1922
- Greil Die Beschäftigungspflicht, in: DAG-Nachrichten, Hamburg August 1950, Blatt 15 ff

- Gröninger Schwerbeschädigtengesetz, Heft 54 der WK-Reihe, Neubearbeitung Frankfurt/M. 1962
- Grub Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers, in: Arbeitsrechtsblattei (Forkel), Stuttgart-Degerloch, Stand 24. Juli 1963
- Gumpert Versetzung von Arbeitnehmern, in: BB 1960, S. 907 ff
- Gumpert Freistellung von Arbeitnehmern von der Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist, in: BB 1961, S. 833 ff
- Hacker Die allgemeine Beschäftigungspflicht, Marburger Juristische Dissertation 1956
- Hahn-Mugdan Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Berlin 1898
- Hamburger Der bühnenrechtliche Anspruch auf Beschäftigung, Berlin 1920
- Hanack Hausfriedensbruch durch Testkäufer, in: JuS 1964, S. 352 ff
- Haun Das Recht auf Arbeit, 1889
- Hebbel Sämtliche Werke, Historisch-kritische Ausgabe, 2. Abteilung, 3. Bd. Berlin 1905
- Hedemann Die sozialen Probleme des Betriebes, in: Potthoff, Die sozialen Probleme des Betriebes, Berlin 1925
- Hedemann Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, in: RdA 1953, S. 121 ff
- Hedemann Das Recht auf Arbeit als allgemeines Menschenrecht, in: Festschrift für Gustav Boehmer, 1954
- Hedderich Der Anspruch auf Beschäftigung, Mannheimer Wirtschaftswissenschaftliche Dissertation 1958
- Heermann Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung, Göttinger Juristische Dissertation 1925
- Heinsheimer Übungen im bürgerlichen Recht, Berlin 1926
- Herschel Nichtigke Kündigung und Beschäftigungspflicht, in: DARbR 1937, S. 310 ff
- Herschel Die "konkrete Ordnung" des Betriebes, in: SozPrax 1941, Sp. 49 ff
- Herschel Arbeitsschutz im sozialen Rechtsstaat, in: BARbBl 1955, S. 571 ff
- Herschel Druckkündigung und Schadensausgleich, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Bd., Berlin Tübingen Frankfurt/M. 1956

- Herschel Das Arbeitsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheunert, Die Grundrechte, III. Bd., 1. Halbband, Berlin 1958, S. 325 ff
- Herschel Vom Arbeitsschutz zum Arbeitsrecht, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift des Deutschen Juristentages 1860-1960, Karlsruhe 1960, S. 302 ff
- Herschel Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, in: RdA 1960, S. 121 ff
- Herschel-Steinmann Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Auflage Heidelberg 1961
- Hessel Soziales Arbeitsrecht, Sammlung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen, Heft 2, Freiburg/Br. 1947
- Hessel Das Recht auf Beschäftigung, in: BlStSozArbR 1951, S. 27 ff
- Hesselberger Der Hausfrieden und seine Verletzung bei Miet- und privatrechtlichen Dienstverhältnissen, Erlanger Juristische Dissertation 1931
- Heydemann Über die Pflicht, den Mitarbeitern genug Arbeit zu geben, in: Mensch und Arbeit 1959, S. 56
- Hoppe Zur Frage eines neuen Reichstheatergesetzes, in: DJZ 1909, Sp. 458 ff
- Huber Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, in: JW 1937, S. 1111 ff
- Hubmann Das Persönlichkeitsrecht, Münster/Köln 1953
- Hueck, Alfred Arbeitsvertragsrecht, Handbuch des Arbeitsrechts, II. Buch, Stuttgart 1922
- Hueck, Alfred Deutsches Arbeitsrecht, 2. Auflage Berlin 1944
- Hueck, Alfred Der Treugedanke im modernen Privatrecht, München 1947
- Hueck, Alfred Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Auflage München und Berlin 1965
- Hueck, Alfred Anmerkung zum Urteil des RAG vom 23.7. 1928, in: ARS 3, S. 190
- Hueck, Alfred Anmerkung zum Urteil des RAG vom 10.11. 1955, in: AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 2
- Hueck, Alfred Anmerkung zum Urteil des RAG vom 17.12. 1959, in: AP § 616 BGB Nr. 21
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
- Huck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3/5. Auflage Mannheim/Berlin/Leipzig 1931
7. Auflage, I. Bd. 1963, 6. Auflage II. Bd. 1957
Berlin und Frankfurt/M.
- Hueck-Nipperdey Grundriß des Arbeitsrechts, 3. Auflage
Berlin und Frankfurt/M. 1965

- Hueck-Nipperdey-Dietz Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Auflage München und Berlin 1943
- Isele Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Erich Molitor, München und Berlin 1962
- Jasnecke Einschränkung des Hausrechts des Arbeitgebers durch arbeitsrechtliche Normen, in: Betrieb 1957, S. 380 ff
- Jaerisch Lohnanspruch bei unvollendeter Akkordarbeit, Mannheim 1925
- Jaerisch Zur neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: JR 1956, S. 171
- Joerges Das Recht auf Arbeit, in: DARbR 1936, S. 161 ff
- Kaessler Der Beschäftigungsanspruch des Bühnenkünstlers, in: RdA 1953, S. 309 ff
- Kaskel Das Neue Arbeitsrecht, Berlin 1920
- Kaskel Arbeitsrecht, 3. Auflage Berlin 1928, 5. Auflage Berlin Göttingen Heidelberg 1957, bearbeitet von Dersch
- Katz Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, in: RdA 1956, S. 169 ff
- Kauffmann Die Versetzung des Arbeitnehmers zu einem anderen Arbeitsplatz, in: Die Betriebsverfassung 1955, S. 10 ff
- Kauffmann Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers insbesondere des Betriebsrates, in: Die Betriebsverfassung 1958, S. 165 ff
- Kessler Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers, in: Der Funktionär 1958, S. 112 ff, 135 ff
- Klees Das Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung, in: ZBlArbWiss 1951, S. 26 f
- Klein Wann hat der zur Dienstleistung Verpflichtete Anspruch darauf, daß ihm die Leistung vom Dienstberechtigten gestattet werde? in: Österreich. Zentralblatt für die jurist. Praxis 28. Bd. (1910), S. 24 ff
- Knaak Kommentar zum Schwerbeschäftigtengesetz, Berlin 1928
- Koch Die Versetzung des Arbeitnehmers nach Arbeitsvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht, in: BB 1955, S. 353
- Kohler Der Bühnenvertrag, in: DJZ 1911, Sp. 52 ff
- Kohler Bürgerliches Recht, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (Holtzendorff), 1. Bd. Leipzig und Berlin 1904, 2. Bd. 7. Bearbeitung der 2. Auflage München Leipzig Berlin 1914
- Kopacz Die Rechtsprechung über den Beschäftigungsanspruch, Breslauer Juristische

Dissertation 1927

- Köst Kommentar zum Mutterschutzgesetz, Heidelberg 1958
- Kreller Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in: ArchZivPr Bd.5(N.F.), S.1ff
- Kreller Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht, in: ZAkDR 1938, S.302 ff
- Kutzer Das Dienstrecht der Bühnenmitglieder, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931
- L.A. Nochmals das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, in: NW 1912, S.1009
- Langheineken Anspruch und Einrede nach dem Deutschen BGB, Leipzig 1903
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Auflage I.Bd. 1964, II.Bd. 1965 München und Berlin
- Lautner Geltendes und künftiges Angestelltenvertragsrecht, 1. Teil, Graz 1927
- Leipziger Kommentar Strafbgesetzbuch, 1. Bd., Berlin 1957
- Leisner Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lenel Praktikum des bürgerlichen Rechts, Leipzig 1933
- Leydhecker Das Sonderarbeitsrecht der Schwerbeschädigten, Heimkehrer und Heimarbeiter, Berlin und Neuwied/Rhein 1953
- Lohwasser Das Recht auf Beschäftigung innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages, Breslauer Juristische Dissertation 1923
- Lotmar Der Arbeitsvertrag, 1. Bd. Leipzig 1902, 2. Bd. Leipzig 1908
- Lückehe Die Beschäftigungspflicht, in: Der Betriebsrat 1958, S.412 ff
- Malachowski Recht auf Arbeit und Arbeitspflicht, Jena 1922
- v. Mangoldt-Klein ... Das Bonner Grundgesetz, I. Bd. 2. Auflage Berlin und Frankfurt/M. 1957
- Mansfeld Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, in: JW 1936, S.481 ff
- Mansfeld Die Ordnung der nationalen Arbeit, 2. Auflage Berlin 1943
- Mansfeld-Pohl-
- Steinmann-Krause ... Die Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin-Leipzig-Mannheim-München 1934
- Marwitz Der Bühnenengagementsvertrag, Berlin 1902
- Maunz-Dürig Grundgesetz, I. Bd. München und Berlin 1964

- Maus Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, 1.Bd.Schloß Bleckede/Elbe 1948
- Maus Handbuch des Arbeitsrechts, 1.Auflage Frankfurt/M. 1948, 2.Auflage Baden-Baden Frankfurt/M. 1955
- Maus Heimarbeitsgesetz, 2.Auflage München und Berlin 1962
- Mayer, Arthur Die soziale Rationalisierung des Industriebetriebes, München-Düsseldorf 1951
- Mebes Das Schwerbeschädigtengesetz, Berlin 1924
- Meissinger Reliefbild des Arbeitsrechts, München Düsseldorf 1952
- Meissinger..... Betriebsverfassungsgesetz, München 1952
- Monjau Schwerbeschädigtengesetz, Münster/Westf. 1954, Nachtrag 1962
- Molitor, Bernhard Der Anspruch auf Beschäftigung im Rahmen des Arbeitsvertrages, Münchener Juristische Dissertation 1955
- Molitor, Erich Fragen aus dem Gebiet des Kündigungsschutzes, in: NZfA 1926, Sp.65 ff
- Molitor, Erich Deutsches Arbeitsrecht mit Einschluß der Grundzüge der Sozialversicherung, Leipzig 1938
- Molitor, Erich Das Recht auf Arbeit, in: Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin und Tübingen 1950
- Molitor, Erich Die Kündigung, 2.Auflage Mannheim 1951
- Molitor, Erich Suspendierung des Arbeitnehmers, in: Arbeitsrechtsblattei (Forkel), Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VII
- Molitor, Erich Der Arbeitsplatz, in: BB 1952, S.493 ff
- Molitor, Erich Personalvertretungsgesetz, 2.Auflage. Berlin und Frankfurt/M. 1958
- Molitor, Erich Grund und Grenzen des Weisungsrechts, in: RdA 1959, S.2 ff
- Molitor, Erich Die rechtliche Sicherung des Anspruches auf Beschäftigung, in: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Berlin Tübingen 1962
- Molitor, Erich Anmerkung zu den Urteilen des LAG Stuttgart vom 9.10.1950 und des LAG Frankfurt/M. vom 10.10.1950, in: AP 1951 Nr.177/178
- Molitor-Hueck-Riezler Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes,

Mannheim Berlin Leipzig 1925

- Mommsen, Wilhelm Deutsche Parteiprogramme, München 1964
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, amtliche Ausgabe
- Mumm Theaterrecht, in: Das Recht 1909, Sp. 357 ff
- Neumann-Duesberg ... Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Nikisch Der Anstellungsvertrag, in: JheJb 80. Bd., S. 1ff
- Nikisch Arbeitsrecht, Berlin 1938
- Nikisch Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941
- Nikisch Arbeitsrecht, I. Bd. 3. Auflage 1961, II. Bd. 2. Auflage 1959 Tübingen
- Nikisch Belegschaft und Betriebsrat, in: Der Betrieb 1962, S. 506 ff
- Nikisch Anmerkung zum Urteil des BAG vom 4.5.1962, in: Arbeitsrechtsblattei (Forkel), Schwerbeschädigte, Entscheidung 12
- Nipperdey Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung in Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, in: Festschrift für Friedrich Sitzler, Stuttgart 1956.
- Nipperdey Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, IV. Band, 2. Halbband, Berlin 1962
- Oertmann Der Arbeitslohn, 1921
- Oertmann Lohnanspruch der Arbeitswilligen, in: NZfA 1922, Sp. 461 ff
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923
- Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 2. Abteilung, 5. Auflage Berlin 1929
- Opet Der Bühnengemeinschaftsvertrag, in: ArchZivPr Bd. 86, S. 155 ff
- Opet Deutsches Theaterrecht, Berlin 1897
- Opet Gutachten über die Frage: Empfehlen sich privat-rechtliche Sondervorschriften für den Angestelltenvertrag der Bühnengemeinschaften? in: Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, 1. Bd. Berlin 1914
- Opet Anmerkung zum Urteil des KG vom 24.1. 1917, in: JW 1917, S. 488
- Osterrieth Das Recht auf Arbeit, in: NW 1909, S. 243 ff
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 6-7. und 22-25. Auflage, München und Berlin 1944, 1949, 1963-1966
- Pieper Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10.11. 1955, in: SAE 1956, S. 514 ff
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

II.Bd.2.Hälfte,4.Auflage Berlin und
Leipzig 1928

- Potthoff Das deutsche Arbeitsrecht, Berlin 1935
- Rauert Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienst-
vertrag und Werkvertrag, Rostocker
Juristische Dissertation 1902
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, I.Bd., 2.
Teil, 11. Auflage Berlin 1960,
II.Bd., 1. Teil, 6., 8., 9.-11. Auflage
Berlin (und Leipzig) 1928, 1939, 1953, 1959
- RGRK Das Handelsgesetzbuch, 1.Bd., 2. Auflage
Berlin 1953
- Reitmeier Entwicklung, rechtliche Natur, Umfang
und Rechtsgrundlagen der Beschäftigung-
spflicht im Arbeitsverhältnis,
Münchener Juristische Dissertation 1957
- Rewolle Grenzen der Fürsorgepflicht, in:
RdA 1954, S. 258 ff
- Rewolle Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz,
5. Auflage Düsseldorf 1965
- Rewolle-Lorentz Bundespersonalvertretungsgesetz,
Göttingen 1955, Stand 1962
- Richter, Lothar Schwerbeschädigtengesetz,
2. Auflage Berlin 1931
- Richter, Lutz Juristische Betrachtungen zum Entwurf
eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes,
in: RarbBl NAT 1924, S. 230 ff
- Rickelt Schauspieler und Direktoren, Berlin 1910
- Riepenhausen Das Arbeitsrecht der Bühne, 2. Auflage
Berlin, 1956, Ergänzungsband 1965
- Röhsler Umfang und Grenzen der Beschäftigungs-
pflicht des Arbeitgebers, in: Der Be-
trieb 1958, S. 1462 ff
- Röhsler Das Hausrecht des Arbeitgebers, in: Ar-
beitsrechtsblattei (Forkel), Stand 1960
- Rohlfing-Kiskalt-
Wolff Handkommentar zur Gewerbeordnung,
3. Auflage Berlin und Frankfurt/M. 1961
- Rohwer-Kahlmann Kommentar und Rechtsprechung zum
Schwerbeschädigtengesetz, München 1958
- Saeger Aus dem "Theaterrecht", in: Zeitschrift
für Rechtspflege im Herzogtum Braun-
schweig (Braunschweiger Zeitung), 1911,
S. 75 ff, 104 ff, 131 ff, 163 ff
- Salfeld Suspension von Angestellten, in: NZfA 1932,
S. 357 ff
- Schaps-Abraham Das deutsche Seerecht, II. und III. Bd.

3. Auflage Berlin 1962 und 1964

- Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 1.Bd., 3. und 4. Auflage
Berlin und Frankfurt/M. 1955 und 1960
- Schlegelberger-
Liesecke Seehandelsrecht, 2. Auflage Berlin und
Frankfurt/M. 1964
- Schmaltz Die Entlassung, 5. Auflage Hamburg 1951
- Schmidt, Karl H. Gesetz über einen Bergmannsversor-
gungsschein im Land Nordrhein-West-
falen, Münster/Westf. 1956
- Schmidt-Rimpler Der Handlungsagent, in: Ehrenbergs Hand-
buch des gesamten Handelsrechts, V.Bd.,
1. Abteilung, Leipzig 1928
- Schneider, Günther... Schwerbeschädigtengesetz, Berlin und
Leipzig 1928
- Schniedermann Das Rechtauf tatsächliche Beschäfti-
gung, Kölner Juristische Dissertation 1960
- Schnorr von Carols-
feld Arbeitsrecht, 2. Auflage Göttingen 1954
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, 12. Auflage
München und Berlin 1965
- Schrader Der Bühnenvertrag,
Rostocker Juristische Dissertation 1913
- Schramm Änderungen im Bühnengagementsvertrags-
recht durch Abschluß eines für allge-
mein verbindlich erklärten Tarifver-
trages zwischen dem deutschen Bühnen-
verein und der deutschen Bühnengenos-
senschaft, Frankfurter Juristische
Dissertation 1923
- Schwartz Das Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich, 1914
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch, 27. Auflage München und
Berlin 1965
- Sellmann-Evermann ... Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz,
Köln und Berlin 1954
- Siebert Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung
der nationalen Arbeit, Hamburg 1935
- Siebert Einige Grundgedanken des gegenwärti-
gen Arbeitsrechts, in: RdA 1956, S. 13 ff
- Siebert Arbeitsvertrag, in: Handwörterbuch der
Sozialwissenschaften, I. Bd.
Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1956

- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage
Jena 1927
- Sitzler Pflichten des Arbeitgebers, in: Arbeits-
rechtsblattei (Forkel), Arbeitsrecht
Übersicht VII D
- Sitzler Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers,
in: Arbeitsrechtsblattei (Forkel)
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd., 5., 8.,
9. Auflage Stuttgart und Köln 1931, 1952
und 1962
- Somborn Art, Umfang und Verwirklichung des Rechts
des Bühnenkünstlers auf Beschäftigung,
Marburger Juristische Dissertation 1928
- Statist. Jahrbuch ... für die Bundesrepublik Deutschland 1965,
Stuttgart Mannheim 1965
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
2. Bd., 3. Teil, 1., 6., 9.-11. Auflage München
(Berlin) (Leipzig) 1901, 1911, 1929, 1937,
1958; 2. Bd., Teil 1b - § 242 -, 11. Auflage
Berlin 1961
- Stecher Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht,
in: RdA 1961, S. 261 ff
- Stein-Jonas-
Schönke-Pohle Zivilprozeßordnung, I. Bd., 18. Auflage
Tübingen 1958
- Sternberg Die Beschäftigungspflicht im Arbeitsrecht,
Kölner Juristische Dissertation 1958
- Stewens Das Recht auf Beschäftigung,
Kölner Juristische Dissertation 1922
- Stolzenburg Beschäftigungsanspruch und Beschäftigungs-
zwang, Erlanger Juristische Dissertation
1936
- Streckwald Der Akkordvertrag, Berlin 1920
- Tilka Das Recht des Arbeitnehmers auf Beschäf-
tigung, in: BlStSozArbR 1957, S. 152 ff
- Titze Anmerkung zum Urteil des BAG vom 23.7.
1928, in: JW 1929, S. 212
- Traub Leitfaden des Arbeitsrechts,
München und Berlin 1949
- Trieschmann Soziale Menschenrechte, internationale
Normen und deutsches Arbeitsrecht, in:
BarbBl 1956, S. 452 ff
- Trieschmann Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10.11..
1955, in: BarbBl 1957, S. 11 ff
- Urban Von der Notwendigkeit und dem Inhalt
eines Reichstheatergesetzes, München,
Berlin und Leipzig 1915
- Vielhaber Der Arbeitsplatz, in: BB 1953, S. 31 ff
- Vogt Die Drittwirkung der Grundrechte und

Grundrechtsbestimmungen,
Münsteraner Juristische Dissertation 1960

- Vollmer Der Anspruch des Gefolgschaftsmitgliedes
auf Beschäftigung,
Tübinger Juristische Dissertation 1936
- Waechter Die Beschäftigungspflicht des Arbeitge-
bers, in: Der Betrieb 1955, S. 361 ff
- Wawretzko Anspruch auf Beschäftigung und öffent-
liches Interesse, in: DJ 1941, S. 1019 ff
- Wawretzko Recht auf Beschäftigung, in:
B1StSozArbR 1949, S. 86
- Wawretzko Recht auf Beschäftigung, in:
B1StSozArbR 1956, S.221
- Wegener Die Zuweisung der Arbeit bei Akkord, in:
Kaskel, Der Akkordlohn, Berlin 1927, S.229 f
- Wegweiser durch das Vertragsrecht der deutschen
Bühnen, 4. Auflage Hamburg 1961
- Wehrle Der Warencharakter der Arbeit und das
heutige Recht, Mannheim 1925
- Welzel Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage Berlin
1965
- Wendel Akkordarbeit und tariflicher Mindestlohn,
in: DarbR 1938, S. 98 ff
- Wieczorek Zivilprozeßordnung, II. Bd., 1. Teil
Berlin 1957
- Wiedemann Subjektives Recht und sozialer Besitz-
stand nach dem Kündigungsschutzgesetz,
in: RdA 1961, S. 1 ff
- Wilke Das Recht auf Beschäftigung,
Göttinger Juristische Dissertation 1932
- Wilrodt-Gotzen Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz,
München und Berlin 1953 2. Auflage München
und Berlin 1964, bearbeitet von Neumann
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage
Frankfurt/M. 1900
- Wissel Vom Recht auf Arbeit, in: Arbeit und Recht
1954, S. 129 ff
- Wölbling Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag,
Berlin 1908
- Wölbling Grundsätze des Akkordvertrages, in:
Soziale Praxis, 15. Jahrgang, S. 267 ff

- Wolff-Raiser Sachenrecht,
Ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung Tübingen
1957
- Zigan Schwerbeschädigtengesetz, Heidelberg 1953
- Zigan Anmerkung zum Urteil des IAG Groß-Berlin
vom 16.6.1950, in: AP 1951 Nr. 43

Literaturhinweise im Text ohne nähere Angaben beziehen sich auf die im Schrifttumsverzeichnis jeweils aufgeführte letzte Auflage.

Erster Teil:

Problematik und Bedeutung
des Anspruches auf Beschäftigung

A Problematik der Untersuchung

I. Begriff des Beschäftigungsanspruches

Das Problem eines Beschäftigungsanspruches (1) betrifft die Frage, ob der AN im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses (2) nicht nur verpflichtet ist, die Arbeitsleistung entsprechend dem Vertragsinhalt zu erfüllen, sondern ob er auch einen Anspruch darauf hat, die Leistung zu erbringen. Der Beschäftigungsanspruch hat nur die tatsächliche Abnahme der Dienste, nicht dagegen den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zum Gegenstand. Mithin soll der Beschäftigungsanspruch für die folgenden Ausführungen wie folgt definiert werden:

-
- (1) In der Rechtsprechung und in der Literatur - vgl. IAG München BB 1954, S. 286, Schniedewitzmann, S. 1 ff; E. Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S. 289 ff - findet dagegen auch der Begriff des "Rechts" auf Beschäftigung Verwendung. Besteht auch kein sachlicher Unterschied, so empfiehlt es sich dennoch, von einem "Anspruch" auf Beschäftigung zu sprechen, weil dadurch deutlicher auf den Wesensgehalt dieses relativen Rechts als Anspruch im Sinne von § 194 BGB hingewiesen wird.
 - (2) Auf die Frage dagegen, ob der Dienstverpflichtete des "freien" Dienstvertrages die Annahme seiner Dienste verlangen kann, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Mit Rücksicht auf den vorwiegend vermögensrechtlichen Charakter des reinen Dienstvertrages wird wohl ein solcher Anspruch zu verneinen sein, vgl. dazu auch Denecke, RGRK, § 611 Anm. 12; Reitmeier, S. 52 ff; Tilka, BStSozArbR 1957, S. 153; anders BGH WA 1963, S. 117 = ARSt Bd. XXX Nr. 3 für den Fall, daß ein besonderes Beschäftigungsinteresse vorliegt.

Der Beschäftigungsanspruch bedeutet das gegen den Arbeitgeber gerichtete Verlangen des Arbeitnehmers, im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zur Bewirkung der vereinbarten Dienstleistung tatsächlich herangezogen zu werden; kürzer: Der Beschäftigungsanspruch ist auf das konkrete Tätig-sein-Dürfen des Arbeitnehmers gerichtet.

Das Korrelat zum Beschäftigungsanspruch des AN bildet die Beschäftigungspflicht des AG. Zwar stehen Recht (Anspruch) und Pflicht immer in einer derartigen Wechselbeziehung. Aber im Zusammenhang mit der Frage nach einem Beschäftigungsanspruch wird ein anderer Aspekt des Verhältnisses von Anspruch und Pflicht sichtbar, der nämlich, ob der AG verpflichtet ist, von seinem Recht auf die Dienste Gebrauch zu machen.

Nach unserer Rechtsordnung ist es keineswegs selbstverständlich und auch regelmäßig nicht der Fall, daß den Rechtsinhaber zugleich die Pflicht trifft, sein Recht auch auszuüben. Sobald aber die Rechtsordnung anerkennt, daß der Leistungsverpflichtete ein rechtlich zu schützendes Interesse an der Erbringung der Leistung haben kann (3), tritt neben das Recht des Gläubigers auf die Leistung das Recht des Leistungsverpflichteten, diese Leistung auch tatsächlich zu erbringen.

Es ist zwar richtig, daß niemand zugleich der Gläubiger seiner eigenen Schuld sein kann. Ein echter Fall der Identität von Gläubiger und Schuldner liegt hier aber gar nicht vor, fällt doch im Hinblick auf das Beschäftigungsverlangen des AN allein dem AG die Schuldnerstellung zu (4).

(3) Vgl. § 433 Abs. 2 BGB, ferner § 640 Abs. 1 BGB;
(4) Anders Goldbaum, S. 19

Ein so verstandener Beschäftigungsanspruch enthält nun seinerseits aber nicht die Pflicht zu dessen Geltendmachung durch den AN. Dieser Anspruch wird ohnehin erst praktisch, wenn sich der AG weigert, den AN tätig sein zu lassen, der AN aber seine Beschäftigung begehrt. Mit hin kann der Beschäftigungsanspruch als sogenannter verhaltener Anspruch (5) (6), als Anspruch charakterisiert werden, dessen Erfüllung jederzeit, aber nur auf Verlangen des Berechtigten, zu bewirken ist.

Von dem bisher gekennzeichneten Anspruch auf Beschäftigung muß ein anderer, ebenfalls auf die Beschäftigung gerichteter Anspruch unterschieden werden. Es geht dabei um die Frage, ob der AN während der gesetzlich oder tarifvertraglich festgesetzten Arbeitszeit beschäftigt und demgemäß - in Umkehrung des Satzes "ohne Arbeit kein Lohn" - bezahlt werden muß (7). Ein solcher Anspruch hat also die Beschäftigung allein um der Vergütung willen zum Inhalt (8). Schon an dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, daß der Beschäftigungsanspruch im Grunde genommen mit dem inhaltlich davon verschiedenen Vergütungsanspruch nichts gemein hat. Zwar hängt auch nach geltendem Recht der Vergütungsanspruch grundsätzlich von der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung ab (9). Dem AN steht aber auch dann der volle Gehalts- oder Lohn-

-
- (5) Der Begriff geht auf Langheineken, S.101 ff., zurück;
 - (6) Wie hier B. Molitor, S.69; E. Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S 285; vgl. auch LAG Berlin BB 1955, S.66;
 - (7) Frey, AuR 1957, S.217, spricht hier von einer "temporalen" Beschäftigungspflicht;
 - (8) Vgl. dazu LAG München AP 50 Nr. 98; ArbG Kiel, ARSt Bd.XXIV Nr. 327.
 - (9) BAG 8, S.143 ff; BAG AP § 616 BGB Nr. 21, Bl.162 R, mit zustimmender Anm. von A. Hueck; s. LAG Stuttgart AP § 63 HGB Nr. 1;

anspruch zu, wenn er seine Dienste dem AG in einer dessen Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, dieser davon aber keinen Gebrauch gemacht hat (§ 615 BGB). Aus diesen Gründen muß auch jeder Verknüpfung der Lohn- und Beschäftigungsfrage, wie das sehr häufig (10) geschieht, ausdrücklich entgegengetreten werden.

Wie aus den bisherigen Erörterungen hervorgegangen ist, soll im Rahmen dieser Arbeit nur der privatrechtliche Beschäftigungsanspruch, nicht aber ein entsprechender Anspruch für jene Personenkreise untersucht werden, die auf Grund öffentlichen Zwanges, beispielsweise als Strafgefangene (11) oder als Fürsorgezöglinge innerhalb einer geschlossenen Anstalt, Arbeit verrichten.

-
- (10) Vgl. dazu die auf Seite 13ff gegebene Übersicht, insbesondere BGH WA 1963, S.117; LAG Frankfurt BB 1949, S.692 und AP 52 Nr.102; LAG Baden ARSt Bd.IV Nr. 16; LAG München AP 52 Nr.24; LAG Düsseldorf BB 1959 S.1249; ArbG Mosbach ARSt Bd.V Nr.11; ArbG Hunsrück ARSt Bd.XVII Nr.129; ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd.XV Nr. 133 und AuR 1962, S.90; im Zusammenhang mit der Höhe des Akkordlohnes: Daubitz, S.64; Sternberg S.10.
- (11) Vgl. § 16 Abs.2 StGB, wonach die zur Gefängnisstrafe Verurteilten auf ihr Verlangen in einer Gefangenenanstalt auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise zu beschäftigen sind. Einen entsprechenden Anspruch bejahen: Schönke-Schröder, StGB § 16 Anm.III; Jagusch, Leipziger Komm., StGB, Bd.1, § 16 Anm.I3; Hamburger, S.27; Franke, Diss. S.12; Lohwasser, S.8 - unrichtig insofern Reitmeier, S.34 Anm.95, wenn er meint, Lohwasser wolle aus § 16 Abs. 2 StGB ein aktuelles Recht nicht anerkennen -; Daubitz S.38, der im übrigen in der Annahme aber fehlerhaft, aus § 16 Abs.2 StGB lasse sich eine Genehmigung des Rechts auf Arbeit (richtig: Anspruch auf Beschäftigung) durch den Gesetzgeber vermuten.

Auch erfährt diese Untersuchung insoweit eine weitere Begrenzung, als nicht beabsichtigt ist, das Recht des Beamten auf Ausübung seiner ihm übertragenen Amtsfunktionen zu behandeln. Obgleich sich das Verlangen nach tatsächlicher Beschäftigung nicht als spezifisch privatrechtliches Problem darstellt, läßt sich dennoch aus einem zudem sehr unklaren und umstrittenen Recht auf Amtsausübung nichts für einen privatrechtlichen Anspruch auf Beschäftigung herleiten. Die Verschiedenheiten ergeben sich vor allem aus der Tatsache, daß der Beamte als Organ des Staates in aller Regel hoheitliche Gewalt ausübt und eine Trennung der Rechte und Pflichten als Amtsträger einerseits und als Rechtssubjekt andererseits vielfach erschwert, wenn nicht gar unmöglich ist.

II. Der Anspruch auf Beschäftigung im Verhältnis zum

1. Recht auf Arbeit

Eine klare Abgrenzung des Rechts auf Arbeit von dem Anspruch auf Beschäftigung erscheint deshalb als besonders wünschlich, weil beide Begriffe schon mehrfach verwechselt und wiederholt sogar miteinander identifiziert worden sind. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, unterscheiden sich aber diese beiden Rechte sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Wirkungen. Mag es noch auf Verständnis stoßen, wenn Opet (12) um die Jahrhundertwende

(12) ArchZivPr. 86, S. 163; ders., Theaterrecht, S. 176, Anm. 2; ferner: Marwitz, S. 96; Saeger, Braunschw. 2. 1911, S. 131; Klein, Österr. ZBl., Bd. 28, S. 24 ff; Mumm, Recht 1909, Sp. 359; Felisch, Recht 1909, Sp. 439; ders. DJZ 1909, Sp. 627; Hoppe, DJZ 1909, Sp. 458; Oertmann, BGB, § 611 Anm. 2e; LG Weimar, JW 1925, S. 1923;

- damals wurde in Deutschland das Problem eines Beschäftigungsanspruches eben erst erkannt - von einem Recht auf Arbeit spricht, obwohl er in Wahrheit einen Anspruch auf Beschäftigung meinte, so muß es schon kritischer angemerkt werden, wenn das LAG München (13) noch 1954 eine Trennung dieser beiden Begriffe unterläßt.

Das Recht auf Arbeit, das als politische Forderung und als Gegenstand praktischer sozialer Gesetzgebung im Problem der Arbeitslosigkeit seine tieferen Wurzeln hat, kann auf eine lange und wechselvolle geschichtliche Entwicklung zurückblicken. Wenn auch die Auffassungen über den Inhalt eines solchen Rechts nicht immer einheitlich waren (14), so besteht doch heute darüber im wesentlichen kein Streit mehr. Danach ist unter einem Recht auf Arbeit das jedem arbeitsfähigen und arbeitslosen Staatsbürger zustehende Recht zu verstehen, vom Staat oder von staatlichen Verbänden die Beschaffung von Arbeit, genauer: von Arbeitsgelegenheit in einem

(13) LAG Bayern BB 1954, S. 286; auch Siebert, HSW I, S. 382; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611, Anm. 266;

(14) Sie reichten vom Recht auf Arbeit zum Zwecke der Existenzsicherung, als Äquivalent des Rechts auf Eigentum, als Recht auf qualifizierte Arbeit je nach dem Beruf bis hin zum Recht auf Arbeit, als Recht auf Kredit und Kapital. Zur Geschichte des Rechts auf Arbeit vgl. insbesondere Malachowski, S. 26 ff und Bay VfGH AP Art. 166 Bay.Verf. Nr. 2

die auskömmliche Existenz des Berechtigten sicherstellenden Ausmaß zu verlangen. Vergleicht man das Recht auf Arbeit mit dem Anspruch auf Beschäftigung, dann wird die Verschiedenartigkeit beider Rechte deutlich. Im Mittelpunkt des Rechts auf Arbeit steht das gegen den Staat oder dessen Institutionen gerichtete notwendig öffentlich-rechtliche Verlangen des arbeitslosen Bürgers nach Abschluß eines Arbeitsvertrages zum Zwecke der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz. Ganz anders ist die Situation im Hinblick auf den Beschäftigungsanspruch. Zwischen dem Bürger als AN und dem AG besteht bereits ein Arbeitsverhältnis. Der AN erhält die vereinbarte Vergütung, so daß seine materielle Existenz als gesichert erscheint. "Adressat" seines Verlangens ist mithin - im Gegensatz zum Recht auf Arbeit - ausschließlich eine Zivilperson im Rahmen privatrechtlicher Vertragsbeziehungen (15).

2. Recht zur Arbeit

Der Anspruch auf Beschäftigung ist auch nicht mit dem Recht zur Arbeit identisch. Jenes Recht garantiert zunächst die Gewerbefreiheit, die in Deutschland seit der Gewerbeordnung aus dem Jahre 1869 anerkannt ist (16). Schließlich hat das Recht zur Arbeit unter der Herrschaft des Grundgesetzes eine

-
- (15) Zur Frage, ob sich aus einem Recht auf Arbeit ein Anspruch auf Beschäftigung herleiten läßt, vgl. S. 43 fund S. 101 f.
- (16) In Frankreich ist ein Recht zur Arbeit (*droit de travailler*) bereits 1776 (Edikt Ludwig XVI.: "Recueil général des anciennes lois francaises", vgl. Haun, S. 14) verkündet worden. Das genannte Edikt hob zwar die bestehende Zunftordnung auf und führte die Gewerbefreiheit ein, gewährleistete aber - entgegen Franke, Diss. S. 23 - kein Recht auf Arbeit (*droit au travail*).

Erweiterung insoweit erfahren, als nicht nur die Gewerbefreiheit gewährleistet wird, sondern ganz allgemein das Recht des einzelnen auf Betätigung seiner Arbeitskraft, und zwar im Sinne der Freiheit des Berufes in den Erscheinungsformen der Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung (17) (18).

Während sich das Recht zur Arbeit gegen den Träger öffentlicher Gewalt richtet und ausgesprochen abwehrenden Charakter trägt, wird der Beschäftigungsanspruch im privatrechtlichen Bereich im Rahmen vorstehender Vertragsbeziehungen praktisch. Zielt das Recht zur Arbeit auf die abstrakte Möglichkeit freier beruflicher Betätigung, so ist der Anspruch auf Beschäftigung auf ein konkretes Tätigsein-Dürfen gerichtet.

3. Recht am Arbeitsplatz

Schließlich muß der Beschäftigungsanspruch begrifflich vom Recht am Arbeitsplatz getrennt werden. Der Inhalt beider Rechte ist jeweils ein verschiedener. Es sollte deshalb vermieden werden, von dem "Recht

(17) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Bd. I, Art. 12, Anm. III 1 ff.

(18) Obwohl Art. 1 der Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961 - von der Bundesrepublik durch Gesetz vom 19.9.1964 (BGBl. 1964 II, S. 1261 ff) ratifiziert - ein "Recht auf Arbeit" (*droit au travail*, *right to work*) statuiert, so spricht doch die nähere Ausgestaltung dieses Rechts eher für die Gewährleistung eines, wenn auch teilweise über Art. 12 GG hinausgehenden Rechts zur Arbeit.

des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz" (19) zu sprechen, wenn in Wahrheit der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch in Rede steht. Begrifflich-dogmatische Bedenken sind auch gegen die vereinzelte (20) Gleichsetzung des Rechts am Arbeitsplatz mit dem Recht auf Arbeit zu erheben.

Zur Begriffsbestimmung des Rechtes am Arbeitsplatz ist zu bemerken:

Der objektiv mehrdeutige und deshalb auch umstrittene Begriff des Arbeitsplatzes umfaßt je nach dem Sachzusammenhang, in dem er Verwendung findet, einen verschiedenen Inhalt. Hier sollen nur die beiden wesentlichsten Begriffsinhalte hervorgehoben werden. So ist einmal unter dem Arbeitsplatz eine durch technische Merkmale gekennzeichnete, meist örtlich zu bestimmende Stelle zu begreifen, an der Arbeiten ausgeführt werden (21) (22); zum anderen bedeutete nach der von Erich Molitor stammenden (23) mit geringen Abwandlungen in der Literatur zum "Recht am Arbeitsplatz" als maßgebend

(19) So Erman-Küchenhoff, § 611 Anm. 6b B, aufgegeben aber in der 3. Aufl.; vgl. auch Hacker S. 59 ff; "Recht auf den (einen bestimmten) Arbeitsplatz";

(20) Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., S. 849.

(21) Vielhaber, BB 1953, S. 31; vgl. auch Kauffmann, Betriebsverfassung 1955, S. 10.

(22) In diesem Sinne § 12 Abs. 4 SchwbG; vgl. demgegenüber § 5 Abs. 1 desselben Gesetzes. Dort bedeutet Arbeitsplatz nur eine reine Rechnungsgröße; dazu Nikisch I, S. 204, Anm. 16 m.w.N.

(23) BB 1952, S. 493; RdA 1959, S. 7;

angesehenen (24) Definition Arbeitsplatz die Gesamtheit der dem AN im Betriebe zugewiesenen Tätigkeitsbereiche mit allen sich daraus ergebenden Pflichten und Rechten. Im zuletzt genannten, hier allein interessierenden Sinne ist also unter dem Arbeitsplatz in Wahrheit nichts anderes als das Arbeitsverhältnis im Zustand der Erfüllung zu verstehen (25).

Dem "Recht am Arbeitsplatz", nach Herschel (26) ein Unterfall des Rechts der Betriebszugehörigkeit, liegt die Idee des modernen Arbeitsrechtes zugrunde, die Betriebszugehörigkeit des AN zu schützen und ihm nach Möglichkeit einen, nicht notwendig "seinen", Arbeitsplatz zu erhalten (27). Der AN soll die Gewißheit haben, daß ihm und seiner Familie normalerweise ein bestimmtes Arbeitseinkommen, das ja in den meisten Fällen seine einzige Einkommensquelle darstellt, zur

-
- (24) U.a. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.111; Fabricius, ArchZivPr. 160, S. 307 m.N.: "... eine von den Personen des AG und AN losgelöste betriebsorganisatorische Einheit";
 - (25) Ebenso Nikisch I, S. 248; Hueck-Nipperdey I, S. 201, Anm. 15;
 - (26) RdA 1960, S. 123;
 - (27) Unter diesem Gesichtspunkt kann auch nur die Frage gesehen werden, ob der AG einen AN, der aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen seiner bisherigen Tätigkeit nicht mehr gewachsen ist, auf einem anderen Arbeitsplatz "weiterbeschäftigen" muß; vgl. dazu A. Hueck, KSchG, § 1 Anm. 38b; BAG 3, S. 155; BAG 7, S. 321; LAG Dortmund ARS 28, S. 96. Mit der arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinne hat dagegen das Problem der anderweitigen Beschäftigung nichts zu tun, beinhaltet der Beschäftigungsanspruch doch gerade das Verlangen des AN nach Beschäftigung entsprechend dem Vertragsinhalt, während der AN mit der Zuweisung anderer Beschäftigung erreichen will, von seiner vertraglichen Leistungspflicht loszukommen, weil er die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht mehr ausüben vermag. Unrichtig deshalb Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.266; Maus, Handbuch V, S.70; LAG Dortmund ARS 28, S.98, wenn sie meinen, die Pflicht zur anderweitigen Beschäftigung sei durch die Beschäftigungspflicht des AG bedingt.

Verfügung steht. Seinen sichtbaren Ausdruck hat ein so verstandener dem Arbeitsverhältnis zuteil werdender Bestandesschutz im Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 erfahren (28). Das KSchG soll den AN davor bewahren, aus sozial nicht gerechtfertigten Gründen den Arbeitsplatz und damit seine wichtigste Erwerbsquelle zu verlieren. So erweist sich ein Recht am Arbeitsplatz in erster Linie als Recht auf Erhaltung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage.

Im Vergleich hierzu geht es beim Beschäftigungsanspruch nicht um die Erhaltung des Arbeitsverhältnisses und damit des Arbeitsplatzes in seinem rechtlichen Bestand. Das Beschäftigungsverlangen setzt vielmehr einen solchen rechtlichen Bestand voraus (29).

B Bedeutung eines Anspruchs auf Beschäftigung

Bevor die Frage erörtert werden soll, ob und inwieweit der AG zur Beschäftigung des AN verpflichtet ist, erscheint es angebracht, das Problem der Beschäftigungspflicht auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten zu betrachten.

Aus dem Zweck des Arbeitsvertrages als eines auf die Erbringung von Arbeitsleistungen gerichteten Vertrages ergibt sich zwangsläufig, daß die Beschäftigung die Regel, die Nichtbeschäftigung dagegen die Ausnahme bildet. Aus dieser Tatsache aber den Schluß zu ziehen, der Beschäftigungsanspruch sei ohne weit-

(28) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 28, 381 Anm. 3; Nikisch I, S. 748 ff; Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm. 58a; E. Molitor, Kündigung, S. 218 ff; BAG. AP § 1 KSchG Nr. 7; BAG 10, S. 207 (211);

(29) Einzelheiten zu der Frage, ob aus dem Recht am Arbeitsplatz ein Beschäftigungsanspruch begründet werden kann, S.44 f und S.104 ff.

reichende praktische Bedeutung (30), ist nicht gerechtfertigt. Vergleicht man dazu die Rechtsprechung, so zeigt sich, daß die von der Nichtbeschäftigung betroffenen AN sehr häufig versuchen, ihre Weiterbeschäftigung im Klagewege zu erreichen. Daneben werden aber auch in nicht unerheblichem Maße Schadensersatzansprüche infolge Nichtbeschäftigung, Vergütungs- oder andere Ansprüche geltend gemacht. Hervorzuheben sind vor allem die Fälle, in denen sich der AG sofort von einem AN trennen möchte, ohne jedoch einen ausreichenden Grund für eine fristlose Entlassung zu haben. Der AG wird dann fristgemäß kündigen und zugleich versuchen, sein erstrebtes Ziel mit dem Mittel der Nichtbeschäftigung zu erreichen.

Um die obigen Ausführungen zu verdeutlichen, soll ein Überblick über die hier einschlägigen Gerichtsentscheidungen gegeben werden. Soweit einzelne Entscheidungen nur teilweise veröffentlicht worden sind, war es durch Rückfrage bei den jeweiligen Arbeits- und Landesarbeitsgerichten möglich, die entsprechenden ergänzenden Angaben zu erhalten.

(30) So Vollmer, S. 29; E. Molitor, Recht auf Arbeit, S. 733 (anders aber, Sicherung des Beschäftigungsanspruchs, S. 290); Becker, S. 5, 47; Hedderich S. 13 ff.

Insgesamt wurden 75 Gerichtsentscheidungen untersucht. Dabei stand die Frage im Mittelpunkt, für welche Arbeitnehmer-Gruppen und bezüglich welcher geltend gemachten Ansprüche das Bestehen der Beschäftigungspflicht als entscheidungserheblich angesehen worden ist.

Gruppe 1

Arbeitnehmer künstlerischer Berufe, und zwar:

Bühnenkünstler (31),	KG B1 1913, S. 30; ArbG Berlin, Berliner Entscheidungskalender Nr. 17/62 (3), S. 266; ^{LAG Berlin,} WA 1958, S. 58;
Intendant,	LAG Gleiwitz, ARS 31, S. 102;
Regisseur,	LAG Berlin, ARSt Bd. XXVII Nr. 288 = Berliner Entscheidungskalender Nr. 26/61 (4), S. 423;
Kapellmeister,	RG Warn.Brg.Bd. 1910 Nr. 433.

Davon beehrten:	a) tatsächliche Beschäftigung	1 AN
	b) Schadensersatz wegen Nichtbeschäftigung	5 AN

Gruppe 2

Arbeitnehmer mit wissenschaftlicher Vorbildung im weiteren Sinne, und zwar:

Apotheker,	ArbG Osnabrück, ARSt Bd. VI Nr. 390;
Arzt,	ArbG Braunschweig, ARSt Bd. 1964/I Nr. 50; LAG Hamm, BB 1959, S. 118; OLG (Braunschweig) Bd. 33, S. 330; BAG 2, S. 221 ff;

(31) Die Rechtsprechung der Bünnenschiedsgerichte blieb unberücksichtigt.

Hochschul- und anderer
vornehmlich akad. Lehrer, LAG Leipzig, JW 1938, S. 1128;
LAG Bayern, ARSt Bd. XIII Nr. 223;
LAG Bayern, ARSt Bd. XII Nr. 247 =
AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht
Nr. 1;

Ingenieur, ArbG Wilhelmshaven, ARSt Bd. 1964/I Nr.
194;

Journalist, ArbG Wilhelmshaven, ARSt Bd. XV
Nr. 133.

Davon begehrten: a) tatsächliche Beschäftigung	8 AN
b) Schadensersatz wegen Nichtbe- schäftigung	1 AN
c) Nennung im Vorlesungsverz.	1 AN
d) Vergütung	1 AN

Leiter einer priv.
Fachschule, LAG Leipzig, ARS 45, S. 83: Der AN soll
das Betreten der Schule unterlassen.

Gruppe 3

Leitende Angestellte, und zwar:

Angestellter in besonderer
Vertrauensstellung, CLG (Breslau) Bd. 22, S. 295;

Bezirksleiter, LAG Hamburg, ARSt Bd. VIII Nr. 668;

Geschäftsführer, RG JW 1903, Beil. S. 16; LAG Leipzig,
ARS 45, S. 105; BGHZ 8, S. 35 (41);

Gutsverwalter, LAG Frankf./M., ARSt Bd. VI Nr. 512;

Hafenmeister, LAG Hamm, ARSt Bd. I Nr. 274;

Jugendleiterin, ArbG Husum, ARSt Bd. XVII Nr. 129;

Leiter einer AOK, ArbG Husum, ARSt Bd. V Nr. 582;

Maschinensetzer (Schicht-
leiter),

LAG Frankf./M., AP 51 Nr. 178;

Schul- und Stadtrat,

ArbG Wilhelmshaven, ARSt Bd. XVI
Nr. 354;

Werkmeister,

LAG Stuttgart, AP 51 Nr. 177 =
BB 1951, S. 223

- Davon beehrten: a) tatsächliche Beschäftigung 8 AN
b) zugleich oder allein
Schadenersatz wegen Nicht-
beschäftigung 3 AN
c) Vergütung einschließlich
Naturalien 3 AN

Gruppe 4:

Andere Angestellte, und zwar:

Croupier,

BAG, NJW 1964, S. 1920;

Gebrauchsgraphiker,

ArbG Offenburg, ARSt Bd. XI Nr.
623;

Handlungsgehilfe,

Kfmg Mannheim, Gew. u. Kfmg 1907,
Sp. 84;

Handlungsreisender,

RAG 2, S. 138; OLG (Hamburg),
Bd. 6, S. 5; KG
KGBl 1908, S. 39; LAG Mannheim,
AP 52 Nr. 6.

- Davon beehrten: a) tatsächliche Beschäftigung 1 AN
b) Vergütung 6 AN

Angestellte, kaufm., ArbG Karlsruhe, ARSt Bd. VIII
Nr. 282; ArbG Hamburg, ARSt
Bd. XXIII Nr. 548:

Nachdem die AN wgen Nichtbe-
schäftigung gekündigt hatten,
begehrte ein AG Schadensersatz
wegen vorzeitiger Kündigung,
ein anderer Unterlassung der
Arbeitsaufnahme bei einem
anderen AG.

Gruppe 5

Arbeiter im weitesten Sinne, und zwar:

Arbeiter ohne nähere

Kennzeichnung,

RAG, ARS 1, S. 66; ArbG Rheine,
ARSt Bd. VIII Nr. 137; GewG Graz,
GewG 7, Sp. 228; LAG Gleiwitz,
ARS 24, S. 158;

Kraftfahrer,

ArbG Wilhelmshaven, AuR 1962, S. 90;

Schäftemacher,

LAG Baden, ARSt Bd. IV Nr. 16;

Schiffer,

RAG 5, S. 263;

Stopferin,

ArbG Wilhelmshaven, WA 1956, S. 188.

Davon beehrten: a) tatsächliche Beschäftigung 1 AN

b) Vergütung bzw. Weiter-
benutzung einer Schiffs-
kajüte

5 AN

sahen c) in Nichtbeschäftigung
fristlose Entlassung

2 AN

Gruppe 6

Lehrlinge, LG Weimar, JW 1925, S. 1923;
RAG, ARS 11, S. 535; BAG, NJW
1965, S. 709.

Davon beehrten: a) Schadensersatz wegen Nichtbe-
schäftigung 1
b) Vergütung 2

Gruppe 7

Betriebsratsmitglieder, und zwar:

Ohne Tätigkeitsbezeich-
nung, LG Stolz, RArbBl 1922, S. 267; 293;
ArbG Bremen, BB 1949, S. 424;
Hilfsarbeiter, LAG Frankf./M., BB 1949, S. 692;
LAG Bremen, AP 51, Nr. 40;
Schlosser, LAG Frankf./M., AP 52 Nr. 102;
Vorzeichner, ArbG Hannover, BB 1949, S. 424.

Davon beehrten:

a) tatsächliche Beschäftigung
(?) 2 AN
b) Zutritt zum Betrieb 1 AN
c) Vergütung bzw. Weiter-
benutzung einer Werk-
wohnung 4 AN

Gruppe 8

Schwerbeschädigte Arbeitnehmer, und zwar:

Ohne Tätigkeitsbezeichnung,	LAG Baden-Freiburg, BB 1950, S. 844; ArbG Stade, AP 53 Nr. 100; RAG, ARS 6, S. 618; LAG Duisburg, NZfA 1928, Sp. 124; RG Str. 64, S. 193; ArbG Bremen, Betrieb 1955, S. 923;
Angestellter,	ArbG Hamm, BB 1956, S. 1106; ArbG Augsburg, ARSt Bd. IX Nr. 151; ArbG Mosbach, ARSt Bd. V Nr. 11; BAG, AP § 12 SchwerbG Nr. 3 ;
Arbeiter, Hof- Bergeklauber am Leseband,	LAG Leipzig, DJ 1938, S. 1076; RAG, JW 1928, S. 3067 = ARS 3, 16 ff (18)
Botengänger,	LAG Düsseldorf, BB 1959 S. 1249;
Kraftfahrer,	LAG Berlin, ARSt Bd. XXIX Nr. 132
Pförtner,	RAG, ARS 20, S. 8;
Schaffner, Bahnhofs-	LAG Groß-Berlin, AP 51 Nr. 43;
Verkäufer,	RAG 4, S. 159;
Volljurist,	BAG 13, S. 109;
Werkmeister,	VGH Bayern, BB 1955, S. 479.

Davon begehrt:

- | | |
|---|-------|
| a) tatsächliche Beschäftigung | 12 AN |
| b) Schadensersatz wegen Nicht-
beschäftigung | 3 AN |
| c) Vergütung | 9 AN |

Auffallend ist, daß zahlenmäßig die meisten wissenschaftlich vorgebildeten sowie die höher qualifizierten und schwerbeschädigten AN ihre tatsächliche Beschäftigung erstreben. Bei den AN künstlerischer Berufe standen Schadensersatzansprüche wegen Nichtbeschäftigung im Vordergrund. Hingegen machten die übrigen AN in erster Linie Lohnansprüche geltend.

Die untersuchten Entscheidungen lassen erkennen, welche praktische Bedeutung dem Beschäftigungsverlangen der AN zukommt und welche Interessen den Ausschlag geben, wenn sich auch allein aus der Anzahl der durchgeführten und öffentlich bekannt gewordenen Streitverfahren noch kein völlig abgerundetes Bild über die wahre praktische Bedeutung des Beschäftigungsverlangens gewinnen läßt. Einmal wird ein Teil der Betroffenen AN schon deshalb nicht den Klageweg beschreiten, weil die Durchführung eines derartigen Prozesses in der Regel nicht eben das Verhältnis zum AG verbessert, sondern viel eher zum Verlust des Arbeitsplatzes führen kann. Zum anderen darf die Einfluß- und Regelungsmöglichkeit des Betriebsrates bzw. der Personalvertretung in solchen Fällen nicht unterschätzt werden. Mit welchem Erfolg allerdings die Betriebsvertretungen bisher diesen "betrieblichen Unregelmäßigkeiten" begegnen konnten, läßt sich schwer feststellen, zumal über die Arbeit der örtlichen AN-Vertretungen verhältnismäßig wenig an die Öffentlichkeit dringt.

Wenn Erich Molitor (32) in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, der Betriebs- bzw. Personalrat habe nach §§ 60 Abs. 2 und 3, 63 BetrVG bzw. §§ 70 Abs. 1, Ziff. a2, b6, 71 Abs. 1, Buchst. c PersVG ein Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrecht in Fragen der Nichtbeschäftigung eines AN, so kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden.

Die genannten gesetzlichen Vorschriften berücksichtigen ausdrücklich nur die Versetzungsbefugnis des AG. Der betriebsverfassungsrechtliche Versetzungsbegriff, der streng von dem des allgemeinen Arbeitsvertragsrecht (33) zu scheiden ist (34), muß restriktiv

(32) Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S. 290;

(33) Dort ist unter Versetzung jede nicht nur vorübergehende Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes zu verstehen; vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 201 ff; Nikisch I, S. 258;

(34) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, § 60 Anm. 14; Koch, BB 1955, S. 353; Gumpert, BB 1960, S. 907;

tiv interpretiert werden. Das ergibt sich aus der negativen Formulierung des § 60 Abs. 3 BetrVG (35), wonach u. a. der Arbeitsplatzwechsel innerhalb der selben selbständigen Betriebsabteilung oder des selben Betriebes am selben Ort bei gleichen Arbeitsbedingungen nicht als Versetzung gilt, wenn damit eine Schlechterstellung des AN nicht verbunden ist. Ohne näher auf den spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsbegriff eingehen zu wollen, kann hier davon ausgegangen werden, daß eine Versetzung immer mit dem Wechsel eines konkreten Arbeitsplatzes verbunden ist. Im Gegensatz dazu kommt es aber in den Fällen der Nichtbeschäftigung nicht zu einem Arbeitsplatzwechsel. Entgegen Erich Molitor kann darin nicht nur eine "übertriebene Wortinterpretation" gesehen werden, wenn unter "Versetzung" nur die Zuweisung einer anderen Arbeitsstelle verstanden wird. Der Gesetzgeber hat bewußt den Betriebsvertretungen nur in den im Gesetz genannten Fällen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte einräumen wollen und diese deshalb erschöpfend aufgeführt (36), so daß eine Erweiterung im Wege der Analogie oder extensiver Interpretation nicht möglich und somit unzulässig erscheint (37). Das gilt um so mehr, als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend nur solche Maßnahmen des AG der Mitbestimmung und Mitwirkung durch die AN-Vertreter unterworfen sein sollen, die in die Arbeitsverhältnisse der gesamten Arbeitnehmerschaft spürbar eingreifen, die die Gliederung, Zusammensetzung und soziale Schichtung der

-
- (35) Im Sinne des PersVertrG bedeutet die Versetzung den Arbeitsplatzwechsel infolge Behördenauflösung, Verschmelzung oder wesentlicher Änderung des Aufbaues der Behörde oder infolge der Änderung des Dienstbereiches und Unterstellung unter einen anderen Dienstherrn, vgl. dazu Rewolle-Lorentz, Pers.VG, § 70 Anm. 4.
- (36) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, § 60 Anm. 1 u. 7; Galperin-Siebert, BetrVG, Vorb. 27 ff vor § 60 u. § 60 Anm. 4; E Molitor, PersVG, § 70 Anm.2; Dietz, PersVG, § 70 Anm. 6, § 71 Anm. 10;
- (37) So auch Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, § 60 Anm. 7;

Betriebsgemeinschaft betreffen (38). Wenn der Gesetzgeber den Betriebsvertretungen auch im Hinblick auf die Versetzung eines AN ein Mitspracherecht zugebilligt hat, dann in erster Linie deshalb, um die Interessen der Arbeitnehmerschaft zu wahren; denn der zu versetzende AN wird einem anderen betrieblichen Bereich, einer soziologischen Einheit, entzogen und muß an anderer Stelle eingegliedert werden. Im Gegensatz dazu berührt die Nichtbeschäftigung hauptsächlich Interessen des betroffenen AN. Ungeachtet dessen bleiben aber die Betriebsvertretungen nach den §§ 51, 54 Abs. 1 Buchst. b, BetrVG bzw. §§ 56, 57 Abs. 1, Buchst. b PersVG gehalten, darauf hinzuwirken, daß alle dem Betrieb angehörenden Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt und folglich auch tatsächlich beschäftigt werden, wenn und soweit der AG dazu verpflichtet ist (39).

Neben dem unmittelbar praktischen Aspekt der Beschäftigungspflicht dürfen auch die vorbeugenden Wirkungen, die von der Anerkennung eines Anspruchs auf Beschäftigung ausgehen, nicht gering veranschlagt werden. Je verbreiteter das Wissen um das Bestehen einer Beschäftigungspflicht ist, um so mehr wächst die Chance, daß der AG freiwillig, ohne dazu erst durch die Gerichte angehalten zu werden, dem Beschäftigungsverlangen des AN nachkommt.

(38) Galperin-Siebert, BetrVG, § 60 Anm. 30; Dietz, BetrVG, vor § 60 Anm. 1;

(39) Ebenso E. Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruchs, S. 290; B. Molitor, S. 72.

Ferner kommt neben dem unmittelbar auf die Beschäftigung des AN gerichteten Verlangen vor allem aber auch der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sowie der Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis wegen der unterbliebenen Beschäftigung einseitig zu beenden (40), größere Bedeutung zu. Häufig wird sich sogar aus verständlichen Gründen das Interesse des AN auf einen Schadensersatzanspruch konzentrieren; denn erfahrungsgemäß legt der AN auf eine Weiterbeschäftigung dann keinen besonderen Wert mehr, wenn eine gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr zu erwarten ist. Soweit jedenfalls der AN vom AG Schadensersatz verlangt, setzt dies voraus, daß den AG überhaupt eine Rechtspflicht zu tatsächlicher Beschäftigung trifft. Zutreffend macht auch das LAG Leipzig (41) den Anspruch eines privatrechtlich angestellten Hochschullehrers, im Vorlesungsverzeichnis genannt zu werden, vom Bestehen einer Beschäftigungspflicht abhängig.

Schließlich bietet die Anerkennung der arbeitsrechtlichen Pflicht zur Beschäftigung fruchtbare Ansatzpunkte für die Behandlung anderer juristischer Fragen, wie beispielsweise dafür, ob der AG verpflichtet ist, dem AN die sogenannten Arbeitssubstrate zur Verfügung zu

(40) Vgl. dazu vom LAG Frankfurt/M ARSt Bd.VI Nr.512, ArbG Karlsruhe ARSt Bd.VIII Nr. 282 u. ArbG Hamburg ARSt Bd.XXIII Nr. 548 entschiedene Fälle, aber nur teilw. veröffentlicht.

(41) LAG Leipzig JW 1938, S. 1128; vgl. auch LAG Leipzig ARS 45, S. 83 ff.

halten, inwieweit dem AN ein klagbarer Erfüllungsanspruch nach § 618 BGB zusteht und ob und inwieweit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses das Hausrecht des AG Einschränkungen erfährt. Dagegen besteht zwischen dem Beschäftigungsanspruch und einem Recht des AN, eine im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis überlassene Dienst- oder Werkwohnung nutzen zu dürfen, kein nachweisbarer rechtlicher Zusammenhang (42). Vielmehr kann die Überlassung von Wohnraum ebenso wie etwa die Gewährung von Kost und Logie~~h~~ur als eine andere als die übliche sonst auf Geld gerichtete Form der zu zahlenden Vergütung in Gestalt von Naturalleistungen angesehen werden (43).

(42) Anders Planck, § 628 Anm. 6 b; Enneccerus-Lehmann, § 146 III 4; RGZ 42, S. 253 (254/55); RAG 5, S. 263 (270) LG Stolp i.P., RArbBl AT 1922, S. 293;

(43) Vgl. RGZ 128, S. 59 (62); Reitmeier, S. 31.

Zweiter Teil

Der Beschäftigungsanspruch in geschichtlicher Sicht bis zur Gegenwart

A Bis zum Inkrafttreten des BGB

Otto von Gierke (1) glaubte, aus der Eigenart des Gesindevertrages zugunsten dieser AN-Gruppe eine Pflicht zur Entgegennahme der Dienste als Folge der mit dem Abschluß des Vertrages verbunden gewesenenen Pflicht zur Aufnahme in die Hausgemeinschaft herleiten zu können. In der Tat scheint § 45 der Preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 (2) dieser Meinung Recht zu geben, lautet er doch: "Nach einmal gegebenen und genommenem Mietsgeld ist die Herrschaft schuldig, das Gesinde anzunehmen und letzteres, den Dienst zur bestimmten Zeit anzutreten". (3)

Gleichwohl läßt sich aus dieser Norm ein Anspruch auf Beschäftigung nicht begründen. Die gesetzliche Zusicherung eines - nicht durchsetzbaren - "Rechts auf Annahme" erklärt sich aus der regelmäßig mit dem Gesindeverhältnis verbunden gewesenenen Eingliederung des Gesindes in die herrschaftliche Hausgemeinschaft und den sich daraus ergebenden Folgeerscheinungen, wie Erhalt von Kost, Unterkunft, vielfach auch Kleidung und Gegenständen des täglichen Bedarfs. Auch im Krankheitsfalle war sich das Gesinde nicht selbst überlassen. Nur in diesem Zusammenhang aber kann die Annahmepflicht gesehen werden. Sie erweist sich dann im Grunde genommen als eine Pflicht zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und

-
- (1) Deutsches Privatrecht, Bd. III, S. 652; ebenso Lotmar II S. 261 Anm. 3; Vollmer, S. 22; vgl. auch Hacker, S. 8, der in dem Recht auf Indienstnahme den Kern des heutigen Anspruchs auf Beschäftigung sieht.
- (2) Preußische Gesetzsammlung 1810 Nr. 5, S. 101 ff.
- (3) Gleichlautend: § 45 II 5 ALR; ähnlich: § 11 Braunschwg.GesO von 1832; § 13 Schleswig-Holst.GesO von 1840; § 15 GesO für die Rheinprovinzen von 1844; § 20 Sächs. Ges.O von 1898; § 39 GesO für Neuvorpommern und das Fürstentum Rügen; § 6 GesO für Elsaß-Lothr. von 1903.

stellt letztlich einen geldwerten Teil der Vergütung dar. Wenn überhaupt eine echte Annahmepflicht in dem eben gekennzeichneten Sinne bestanden haben sollte, dann erschöpfte sie sich jedenfalls darin. Die extrem stark ausgeprägte Über- und Unterordnung im Gesindeverhältnis und die dominierende Stellung des Dienstherrn mußten der Anerkennung einer Beschäftigungspflicht zutiefst widerstreiten (4). Diese Beurteilung der Rechtslage trifft im wesentlichen auch für das allgemeine Dienstrecht jener Zeit zu, und es entsprach auch gemeinrechtlicher Auffassung, daß dem Dienstherrn eine Pflicht zur Beschäftigung nicht oblag (5).

B Nach dem Inkrafttreten des BGB bis zum Ende der Weimarer Republik

I. Allgemeines

Während römische Rechtsvorstellungen nach der deutschen Rezeption des römischen Rechts in den deutschen Partikularrechten nur geringen Niederschlag fanden, beeinflussten sie die rechtswissenschaftliche Lehre in weit stärkerem Maße und drangen auf diese Weise auch in das Schuldrecht des BGB ein.

-
- (4) Im Ergebnis ebenso Schniedermann, S. 14; vgl. auch Sickel, S. 96 Anm. 398. Allerdings hat Nikisch, Arbeitsvertrags- und Arbeitsverhältnis, S. 67, nicht, wie Schniedermann annimmt, eine Beschäftigungspflicht des Dienstherrn aus der Pflicht zur Annahme des Gesindes gefolgert, sondern die Annahmepflicht als Einstellungspflicht charakterisiert. Die Einstellungspflicht ist aber mit der Beschäftigungspflicht nicht identisch.
- (5) Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 43; Windscheid, Pandekten, § 345; Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, S. 617; vgl. auch OLG Braunschweig Seuff, Arch. 46, S. 256; RGZ 14, S. 243 (247): zur Abnahmepflicht beim Kauf.

Es entsprach dem Denken des wirtschaftlichen Liberalismus in Deutschland, die Arbeitskraft, losgelöst von der Person des Arbeitenden, als eine vertauschbare, meßbare und uniforme Kraft, als Ware (16), zu behandeln, über die der AG nach seinem Belieben "verfügen" konnte, weil und soweit sich der AN ihm wirtschaftlich unterworfen hatte. Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß das Dienstvertragsrecht des BGB auch unter personenrechtlichen Gesichtspunkten konzipiert worden ist, so bleibt die Tatsache bestehen, daß der bürgerlich-rechtliche Dienstvertrag eine rein schuldrechtliche auf den Austausch von Arbeit gegen Geld gerichtete und darauf beschränkte Ausgestaltung erfahren hat. Dabei konnte das Ethos des jeweiligen Selbstinteresses der beiden Vertragspartner in Gestalt der Vertragsfreiheit infolge der bestehenden wirtschaftlichen Ungleichheit der beiden Kontrahenten nur eine Fiktion sein. Die Motive zum BGB (17) geben Aufschluß darüber, daß es kein Zufall war, wenn das Dienstvertragsrecht in der Systematik an die Sachmiete anschließt, wie ja auch vielfach der Dienstvertrag als "Dienstmiete" bezeichnet worden ist.

Erst nach dem ersten Weltkrieg und der Schaffung der Weimarer Republik, als eine neue Epoche des deutschen Arbeitsrechts begann, vollzog sich unter stärkerer Hervorhebung des Personenrechtlichen, ausgehend von Artikel 157 der Weimarer Reichsverfassung, in den Anschauungen über das Wesen des Arbeitsverhältnisses ein gewisser Wandel, der auch bald in einer das Recht der Vorkriegszeit ergänzenden oder ändernden Gesetzgebung zum Schutze der Arbeitnehmer zum Ausdruck kam.

(16) Vgl. dazu im einzelnen Wehrle, S. 2 ff.
(17) Bd. II, S. 455.

Diese Veränderungen wird man sich stets vor Augen halten müssen, will man eine "zeitgemäße" Lösung der vorhandenen arbeitsrechtlichen Probleme anstreben; denn die nachrevolutionäre Gesetzgebung und Rechtsprechung hat vielfach ein verändertes Recht geschaffen, das nicht nur Vorrang vor dem Dienstvertragsrecht des BGB genießt, sondern dieses auch zu modifizieren imstande ist und mit neuem Geist erfüllt (8).

II. Sonderfälle

Da ein Anspruch auf Beschäftigung weder in den §§ 611 ff. BGB noch in anderen arbeitsrechtlichen oder dienstvertraglichen Bestimmungen ausdrücklich anerkannt worden ist, mußten sich Schrifttum und Rechtsprechung mit dieser Frage auseinandersetzen.

1. Beschäftigungsanspruch der Schauspieler

In Deutschland forderte als einer der ersten Opet (9) für den Bühnenschauspieler einen Beschäftigungsanspruch, der sich in der französischen und italienischen Lehre und Rechtsprechung schon verhältnismäßig früh durchgesetzt hatte (10). Opet begründete diesen mit dem besonderen Interesse des Bühnenschauspielers

(8) Vgl. dazu insbes. RGZ 106, S. 272 (275).

(9) ArchZivPr. 86, S. 163; ders., Deutsches Theaterrecht, S. 174 ff.;

(10) Nachweise bei Dienstag-Elster, S. 437; Opet, ArchZiv-Pr. 86, S. 155;

an der Ausübung seiner Kunst. Dabei ging er zwar von der damals herrschenden Ansicht aus, daß das Dienstvertragsrecht des BGB nur einen Vergütungs-, nicht aber auch einen Beschäftigungsanspruch gewähre, war aber der Auffassung, daß das Bühnengengagement nicht unter den Dienstvertrag des BGB falle, sondern als Innominatsvertrag (11) aufzufassen sei, dem die Beschäftigungspflicht immanent sein müsse.

Auf andere Weise versuchte Kohler (12) für den Schauspieler einen entsprechenden Anspruch zu begründen. Kohler setzte den Dienstvertrag in Parallele zu einigen Formen der Pacht und stellte fest, daß es Fälle gebe, in denen der Pächter ausnahmsweise nicht nur ein Recht zum Gebrauch (der Sache) erwerbe, sondern auch die Pflicht zu einem bestimmten regelmäßigen und sachgerechten Sachgebrauch übernehme. Anderenfalls würde eine Verschlechterung der Sache eintreten. Diese Gedan-

-
- (11) Opet, Deutsches Theaterrecht, S. 165, 174; ebenso Goldbaum, S.19 Anm. 2a; Goldbaum-Jacoby, S. 64; als gemischter Vertrag: Planck, § 611 Anm. 5a. Nach herrschender Ansicht -vgl. Franke, NZfA 1925, Sp. 647; Bewer, NZfA 1921, Sp.30; v. Beust, S.112; Schrader, S. 57f; Somborn, S.37; Daubitz, S.30; Lohwasser, S. 41, 43/44; Finkelstein, S.25 f; Kopacz, S.48; Vollmer, S.73; Wilke, S.30 ff; Reitmeier, S.46; RG JW 1903, Beil.S.16 - verändert die Zuerkennung eines Beschäftigungsanspruches keineswegs die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses. Angesichts des vollzogenen Wandels in den Anschauungen über das Wesen des Arbeitsverhältnisses müßte viel eher die grundsätzliche Ablehnung der Beschäftigungspflicht als mit dem Wesen des Rechtsverhältnisses unvereinbar angesehen werden.
- (12) Holtzendorffs Enzyklopädie, I.Bd. § 75, S.682; ihm folgen v.Beust, S.116, der der Auffassung ist, daß über die speziellen Bestimmungen des BGB über das Pachtrecht hinaus (§ 588) der "Obersatz des objektiven Rechts" bestehe, wonach ein zum Gebrauch überlassenes Objekt durch die Benutzung keine Verschlechterung erleiden dürfe.

ken übertrug Kohler auf den Schauspieler und bejahte für diesen einen Beschäftigungsanspruch. Dennoch wollte er (13) dem Bühnenkünstler nur insoweit einen Anspruch auf Beschäftigung zubilligen, als ihm im Falle unzureichender Beschäftigung nur ein Recht zu fristloser Kündigung, nicht aber ein Schadensersatzanspruch zustehen sollte. Seiner Ansicht nach müßte ein klagbarer Erfüllungsanspruch deshalb abgelehnt werden, weil die Theaterverwaltung ihre künstlerischen Aufgaben nur dann erfüllen könne, wenn sie in der Wahl der Personen volle Handlungsfreiheit besitze.

Wenn auch die auf Kohler zurückgehende Auffassung mit Recht auf Ablehnung gestoßen ist (14), so setzte sich doch bald in der Literatur die Ansicht durch, daß dem Bühnenkünstler wegen seines besonderen Beschäftigungsinteresses ein Anspruch auf Beschäftigung nicht versagt werden könne (15). Auch in der Rechtsprechung fand

-
- (13) DJZ 1911, Sp. 52 (54); Enzyklopädie, II. Bd. (1914) § 76, S. 11 ähnlich Eckstein, S. 111.
- (14) Goldbaum, S. 21 Anm. 31; Daubitz, S. 75/76; Finkelstein, S. 41; vgl. auch Somborn, S. 36; Reitmeier, S. 114. Ebenso erweist sich der mit der Verschlechterungstheorie verbundene Rechtsgedanke als zur Begründung eines allen AN zustehenden Beschäftigungsanspruches ungeeignet; so auch Becker, S. 53; Reitmeier, S. 163.
- (15) Statt vieler: Oertmann, § 611 Anm. 2 e, Soergel, 5. Aufl. § 611 Anm. 7; v. Beust, S. 113; Lotmar, Bd. II, S. 263; Kutzer, S. 228 a.A.; Cohn, KritVSchrift 1898, S. 563 (anders aber bei einer ausdrücklichen Vereinbarung); Marwitz, S. 41, 96, 101; Felisch, DJZ 1909, Sp. 627; Schrader, S. 60; Bartsch, DB 41, S. 329; Staudinger, 6. Aufl. § 611 Anm. VI; Planck § 611 Anm. 5 a; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 1.u.2.Aufl. (1901) Bd. II 2, § 307 IIc, vgl. aber derselbe 4.Aufl., wonach eine Vereinbarung möglich sein soll.

schließlich der Beschäftigungsanspruch des Bühnenkünstlers selbst bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung weitgehende Anerkennung (16). Demgegenüber gewährte das OLG Hamm (17) einen derartigen Anspruch nur bei ausdrücklicher Vereinbarung und führte dazu aus, ein dem Gesetz unbekanntes Recht bekomme durch ein Beschäftigungsinteresse des Schauspielers, wenn man es anerkennen wollte, allein keine gesetzliche Grundlage, und als selbstverständlichen Inhalt des Engagementsvertrages könne man lediglich wegen des Interesses des Schauspielers das Recht auf Beschäftigung aus dem Grunde nicht gelten lassen, weil die andere Partei, die Leiter der Theater, sich entschieden sträubten, es anzuerkennen.

Unbestreitbar hat das Verlangen der Bühnenschauspieler nach Anerkennung der arbeitgeberischen Beschäftigungspflicht in starkem Maße dazu beigetragen, daß auch andere AN-Gruppen mit gewissen Hoffnungen versuchten, dieselbe Rechtsposition zu erlangen.

2. Beschäftigungsanspruch kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung

Ein erster Erfolg auf diesem Wege war die grundsätzliche Bestätigung der Zulässigkeit von ausdrücklichen Beschäftigungsvereinbarungen in der Rechtsprechung wie in der Literatur; denn immerhin gab es im früheren

-
- (16) RG JW 1911, S.39=GruchBeitr.55,S.1055=Seuff Arch.66 (1911), Nr.115=Recht 1910, Nr.4073=WarnErg Bd.1910, Nr. 433; OLG (Hamburg) Bd.20, S.196; KG Bl 1913, S.30; KG JW 1917, S.488 mit zustimmender Anmerkung von Opet - aus der neuen Rechtsprechung vgl.u.a. LAG Berlin WA 1958, S.58, WA 1962, S.13; ArbG Berlin, Urteil vom 19.1.1962 - 30 Ca 98/61 - Entscheidungskalender Nr. 17/62 (3) S.266 u. Rechtsprechung der Schiedsgerichte, Nachweise bei Riepenhausen, S.87ff, Erg Bd. S 51 ff.
- (17) OLG Bd. 24,S.367 ff.

Schrifttum Stimmen, die selbst solche Klausel für unzulässig hielten (18). Freilich war mit der Zulässigkeit der ausdrücklichen Vereinbarung für die Praxis des Arbeitslebens nur sehr wenig gewonnen; denn wie das OLG Hamm richtig erkannt hatte, bestimmte regelmäßig nicht der wirtschaftlich schwächere AN, sondern der ihm überlegene AG die Bedingungen des Arbeitsvertrages.

So konnte es nicht ausbleiben, daß man nach anderen Wegen suchte, um den Kreis der an einer tatsächlichen Beschäftigung besonders interessierten AN besser zu schützen. Nunmehr wurde nach Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB) mit Hilfe der Vertragsauslegung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer stillschweigenden Vereinbarung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (19), auch dann eine Beschäftigungspflicht ausnahmsweise als bestehend angesehen, wenn der AN ein besonderes Interesse an der Ausübung seiner Tätigkeit hatte und wenn dieses Interesse dem AG bei Vertragsschluß bekannt war oder bekannt gewesen sein mußte.

-
- (18) So Dernburg, Bd. II, 1. u. 2. Aufl., § 307 IIc; weitere Nachweise bei Kopacz, S. 18. Dagegen bejahten die Zulässigkeit: RG JW 1903, Beil. S. 16; JW 1911, S. 39; Recht 1912, Nr. 1259; Recht 1916, Nr. 622; OLG (Hamburg) Bd. 20, S. 196; OLG (Breslau) Bd. 22, S. 293; OLG (Hamm) Bd. 24, S. 367; OLG (Braunschweig) Bd. 33, S. 330; Bewer, NZfA 1921, Sp. 30; Dernburg, Bd. II, 4. Aufl. § 307 IIc; Kaskel, S. 116; Opet, Gutachten, S. 219; Oertmann, § 611 Anm. 2d; Planck, § 611 Anm. 5a; Staudinger, 6. Aufl., § 611 Anm. VI.
- (19) RG JW 1911, S. 39; JW 1912, S. 386 = Recht 1912, Nr. 1289; Recht 1916, Nr. 662; RGZ 106, S. 272 (274); Kaskel-Dersch, 4. Aufl., S. 215; Oegg, RGRK, 6. Aufl., § 611 Anm. 3; Oertmann, § 611 Anm. 2e; A. Hueck, Arbeitsvertragsrecht, S. 155 - a. A. Kohler, DJZ 1911, Sp. 54; Goerrig, SchlW 1924, Sp. 32; OLG (Hamm) Bd. 24, S. 367 ff.

Allen anderen An blieb dagegen ein Anspruch auf Beschäftigung versagt, es sei denn, daß er sich unmittelbar aus einem Gesetz ergab, wie das zum Beispiel für den Handlungs- und gewerblichen Lehrling in §§ 76 Abs. 2 HGB, 127 Abs. 1 GewO geregelt worden ist.

Eine andere Haltung in diesen Fragen nahm auch das RAG nicht ein. In einer Entscheidung des Gerichts vom 26. März 1930 (20) heißt es dazu: "Der Dienstverpflichtete kann die Annahme seiner Dienste nur verlangen, wenn das vertraglich vereinbart oder aus der Art des Dienstverhältnisses zu entnehmen ist."

An dieser Stelle darf das Bemühen Bewers (21) und Frankes (22) um die Durchsetzung der Beschäftigungspflicht und das Auftreten gegen jede zu "engherzige" (23) Auslegung des bürgerlichen Rechts nicht unerwähnt bleiben. Nur mit großer Verwunderung nahm Beyer (24) die der herrschenden Auffassung entsprechende Äußerung Oertmanns (25) zur Kenntnis, daß die Pflicht zur Entgegennahme der Dienste dem Herrn nicht auferlegt sei; er könne sie zurückweisen, sei es, weil er sie etwa infolge veränderter Konjunktur nicht mehr brauche, sei es auch ohne solchen Grund. Demgegenüber meinte Beyer (26), daß der AN die Arbeit als soziale Pflicht und Ehre einschätzen dürfe und solle. Schon dieses ethische Interesse könne sein Beschäftigungsverlangen rechtfertigen, um wieviel mehr aber seine wirtschaftlichen und

(20) RAG ARS '9, S. 72/73; siehe auch RAG ARS 1, S. 69; SAE 1928, S. 323; JW 1929, 272, mit zustimmender Anmerkung von Titze; ARS 6, S. 618; 11, S. 535; vgl. auch RGStr 64, S. 193 (199)

(21) LZ 1924, Sp. 97 ff; NZfA 1921, Sp. 29 ff.

(22) Diss., S. 34 ff; GewKfmg 28. Bd., Sp. 143 ff; NZfA 1924, Sp. 547 ff; 1925, Sp. 645 ff; SchlW 1926, Sp. 10 f; bei Kaskel, Akkordlohn, S. 220 ff.

(23) Beyer, a.a.O.

(24) NZfA 1921, Sp. 29.

(25) BGB § 611 Anm. 2 d; ähnlich Kohler, DJZ 1911, Sp. 52 (54).

(26) LZ 1924, Sp. 101.

mehr oder weniger egoistischen Interessen, durch die Beschäftigung sich zu ertüchtigen, sein Fortkommen zu erleichtern und öffentliche Anerkennung zu verdienen. Angesichts einer solchen Stellungnahme wird man Bewerber wohl zu den wenigen Verfechtern eines allen AN zustehenden Beschäftigungsanspruches rechnen müssen. Zwar nicht so weitgehend, aber ebenso entschieden, hat sich auch Franke zu einer Beschäftigungspflicht des AG bekannt, wenn er sie auch auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt wissen wollte.

3. Beschäftigungsanspruch nach dem Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923

Als 1923 der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (27), der weitgehend die damaligen Rechtsauffassungen in Literatur und Rechtsprechung berücksichtigte, veröffentlicht und lebhaft diskutiert wurde, schien auch die gesetzliche Anerkennung der arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht nahe gerückt. Der in diesem Zusammenhang erhebliche § 46 hat folgenden Wortlaut:

"Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Das gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Maße zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren."

Die gesetzliche Statuierung des Beschäftigungsanspruchs, der unabhängig von der Eigenart des Arbeitsverhältnisses bestehen sollte, wäre ein erster bedeutsamer Schritt

-
- (27) 28. Sonderheft zum RArbBl 1923 - vgl. auch § 3 des Entwurfs eines deutschen Redakteurgesetzes: "Jeder Redakteur hat ein Recht auf angemessene Beschäftigung im Sinne seines Vertrages." Anders noch § 21 des Entwurfs eines Reichstheatergesetzes von 1912, der die Nichtbeschäftigung nur als wichtigen Kündigungsgrund ansah.

nach vorn gewesen. Der Entwurf ist jedoch nie Gesetz geworden. Überdies darf nicht übersehen werden, daß diese Bestimmung infolge des Erfordernisses eines besonderen Beschäftigungsinteresses nur einem begrenzten Kreis von AN zugute gekommen wäre und insofern nur den Standpunkt der damals herrschenden Ansicht zu diesem Problem widerspiegelte. Bower (28) wollte nun unter dem besonderen Interesse im Sinne des § 46 ein Interesse von besonderer Art, ein eigenartiges Interesse, gedacht im Gegensatz zum Interesse an dem dem AN auch im Falle seiner Nichtbeschäftigung zu gewährenden Entgelt für die Arbeitsleistung verstehen. So verständlich dieser Interpretationsversuch Bowers auch war, so wenig entsprach diese Auslegung aber dem Willen des Entwurfs (29).

Beachtlich erscheint auch die Feststellung, daß der Entwurf die Beschäftigungspflicht und nicht die Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung an die Spitze der AG-Pflichten gestellt hat, ein Umstand, der augenfällig die Entwicklungstendenz zu einem sozialen und persönlichkeitsbezogenen Arbeitsrecht veranschaulicht.

III. Nipperdeys Ansicht

1928 war es dann vor allem Nipperdey (30), der den Weg über das "besondere Beschäftigungsinteresse" aufgab und sich mit der Begründung, daß die "Abnahmepflicht" sehr wohl nach § 157 BGB auf Treu und Glauben gestützt werden könne, für eine Beschäftigungspflicht zugunsten aller AN, die Arbeit leisten wollen, einsetzte. Diese "radikale" Ansicht fand aber damals kaum Zustimmung, und so konnte Oertmann (31) noch im Jahre 1929 zutreffend die einem Beschäftigungsanspruch ablehnend gegenüberstehende Lehre und Rechtsprechung als allgemein herrschend bezeichnen.

(28) LZ 1924, Sp.99.

(29) A.Hueck in: Molitor-Hueck-Riezler, Arbeitsvertrag u. Entwurf, S.145 Anm.21; Kreller, ArchZivPr.NF 5, S.1 (85).

(30) Staudinger-Nipperdey, 9.Aufl., § 611 Anm. IX 4

(31) BGB, 5. Aufl., § 611 Anm. 3 e.

C Unter der Geltung des AOG

I. Weitgehende Anerkennung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches

Mit der Schaffung des "Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit" vom 20. Januar 1934 vollzog sich in der Betrachtung der Arbeit und damit auch in der des Arbeitsverhältnisses ein gewisser Wechsel. Während der Arbeitsvertrag mehr und mehr in den Hintergrund trat, wurde dem Betrieb als der "Urzelle allen wirtschaftlich-gesellschaftlichen Lebens" (32) eine bisher nicht gekannte Bedeutung beigemessen (33), ohne daß damit eine Aufwertung des AN als Persönlichkeit verbunden gewesen wäre. Im Gegenteil, die Arbeitskraft hatte bestimmungsgemäß (34) ausschließlich oder doch in erster Linie dem "Wohle der Nation" zu dienen. Einbezogen in ein planwirtschaftliches Konzept, war sie ein Produktionsfaktor, mit dem man rechnete. Ganz dieser Tendenz entsprach deshalb auch die Äußerung Vollmers (35), daß die Theorie von der unzulässigen Verschlechterung eines zum Gebrauch überlassenen Objektes durchaus beachtlich und einer allgemeinen Anwendung fähig sei. Demgegenüber vermag es wenig zu überzeugen, wenn etwa Stolzenburg (36) äußerte, daß die Leistung von Arbeit nicht im Reich der Sachen, sondern in dem der Persönlichkeit liege. Zugleich leugnete er aber, daß die Arbeitskraft und die Persönlichkeit eine untrennbare Einheit bilden, indem er in erster Linie die Arbeitskraft, nicht aber den AN als schutzwürdig ansah.

Die veränderte Auffassung in Bezug auf die Arbeit und das Wesen des Arbeitsverhältnisses beeinflusste zwangs-

(32) Vollmer, S. 23.

(33) Vgl. dazu Huber, JW 1937, S.1111; Mansfeld, JW 1936, S.481; Siebert, Das Arbeitsverh.in der Ordnung der nat. Arbeit, S.82.

(34) Vgl. Punkt 10 des Parteiprogrammes der NSDAP vom 24.Febr.1920, abgedruckt bei Mommsen, S. 549; auch Stolzenburg, S.3

(35) S. 41.

(36) S. 15.

läufig auch die Lehre vom Beschäftigungsanspruch. Sie bewirkte, daß ein allen AN zustehender Anspruch auf Beschäftigung weitgehende, wenn auch keineswegs einheitliche (37) Zustimmung fand. So begründete etwa Dietz (38) seinen Standpunkt, indem er ausführte, da nunmehr die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft eine Pflicht zur Mitarbeit nicht nur an der Betriebsförderung, sondern zu Nutzen von Volk und Staat begründe, könne es nicht mehr im Belieben des Unternehmers stehen, ob er einen Gefolgschaftsangehörigen beschäftigen und ihm die Möglichkeit der Erfüllung dieser Ehrenpflicht ermöglichen wolle. Es entspreche nicht dem Ethos der Arbeit, sie nur als Mittel zum Geldverdienen aufzufassen (39). Neben der mehr öffentlich-rechtlichen Argumentation betonte Nipperdey (40) auch die das personen-rechtliche Arbeitsverhältnis beherrschende Treue- und Fürsorgepflicht als Grundlage für die Anerkennung der allgemeinen Beschäftigungspflicht. Schließlich meinte Herschel: "Mit einem wahren personen-rechtlichen Gemeinschaftsverhältnis hat dieser Zustand (der Nichtbeschäftigung trotz Lohnfortzahlung) fast so wenig zu tun wie die sogenannte Zahlvaterschaft mit einem echten Familienleben" (41). Bestand auch weitgehend über die Existenz eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches Einigkeit, so gingen

-
- (37) Vgl. dazu S. 40 f; unrichtig Schniedermann, S. 16; vgl. auch LAG München ARSt Bd. XIII Nr. 223.
- (38) In Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 AOG Anm. 18; ähnlich Staudinger-Nipperdey, 10. Aufl., § 611 Anm. 265; Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, § 2 AOG Anm. 2 d; Nikisch: Arbeitsvertrag u. Arbeitsverh., S. 65; A. Hueck, Dt. Arbeitsrecht, S. 120 f; Palandt-Friesecke, 6. Aufl., § 611 Anm. 3 e; Herschel, DarbR 1937, S. 313; Philippe, LZ 1933, Sp. 1225.
- (39) Seit Einführung des Grundgesetzes der Arbeit von 1938 wird auch in Spanien eine allgemeine Beschäftigungspflicht mit weitgehend derselben Begründung anerkannt; vgl. Darwig, RdA 1953, S. 318/19.
- (40) Staudinger-Nipperdey, 10. Aufl., § 611 Anm. 265.
- (41) DarbR 1937, S. 313.

doch die Meinungen darüber, ob dieser Anspruch unmittelbar auf dem Gesetz oder auf dem Arbeitsvertrag beruhe, auseinander. Die einen (42) sahen die in § 2 Abs. 2 AOG enthaltene Fürsorgepflicht des Betriebsführers als eine öffentlich-rechtliche Pflicht an, die nur mittelbar als Grundlage der dem AG obliegenden Pflichten im Wege der Auslegung des Einzelarbeitsvertrages Eingang in diesen finden könnte. Die anderen, insbesondere Siebert (43), charakterisierten die Beschäftigungspflicht dagegen als eine Erscheinungsform der unmittelbar aus § 2 Abs. 2 AOG fließenden arbeitgeberischen Treuepflicht.

Zwar ist mit Rücksicht darauf, daß das AOG seit dem 1. Januar 1947 außer Kraft getreten ist, eine kritische Würdigung der dargestellten Meinungen nicht erforderlich; im Ergebnis ist aber jener Auffassung zuzustimmen, die aus § 2 Abs. 2 AOG eine allgemeine Beschäftigungspflicht unmittelbar nicht herleiten zu können glaube (44). Dafür spricht die Tatsache, daß das AOG ursprünglich nur auf die Ausgestaltung der Betriebsverfassung beschränkt war (45), während die Neugestaltung des Arbeitsrechts einem künftigen Arbeitsvertragsgesetz vorbehalten bleiben sollte.

(42) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 AOG Anm. 11, 11 a unter Hinweis auf Stadinger-Nipperdey, 10. Aufl., § 611 Anm. 31; Dietz, § 2 AOG Anm. 4.

(43) Siebert, Das Arbeitsverh. i. d. Ordnung d. nat. Arbeit, S. 57/58, 100; Mansfeld, JW 1936, S. 481.

(44) Anders Schniedermann, S. 17.

(45) Dersch, RdA 1949, S. 326.

II. Standpunkt des Akademie-Entwurfs

Nach § 67 Abs. 1 des ebenfalls nicht Gesetz gewordenen Entwurfs eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis der Akademie für Deutsches Recht von 1938 sollte der Gefolgsmann unabhängig von einer Vereinbarung grundsätzlich eine seiner Stellung entsprechende Beschäftigung verlangen können. Sie sollte nur entfallen, wenn die Beschäftigung dem AG nicht zumutbar ist. An der beabsichtigten Regelung ist besonders auffallend, daß die Geltendmachung des Anspruchs im Belieben des AN stehen sollte. Damit stellt der Entwurf, ganz im Gegensatz zu einer weit verbreiteten Tendenz, das Interesse des einzelnen an einer Beschäftigung vor das des Staates - eine Tatsache, die Beachtung verdient.

III. Gegenteilige Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung.

Neben der bisher dargestellten, besonders im arbeitsrechtlichen Schrifttum, verbreiteten Ansicht, gab es aber auch mehrere, vornehmlich bürgerlich-rechtliche Autoren, die an der alten Lehre zum Beschäftigungsanspruch festhielten. So bemerkte beispielsweise Kreller (46), daß man bei der Mehrzahl der Fälle auch

(46) ZAkDR 1938, S.303; ähnlich Dersch, § 2 AOG Anm. ; E.Molitor, Dt.Arbeitsrecht, S. 114; Wendel, DARbR 1938, S.99; Joerges, DAR 1936, S.166; Potthoff, S. 61; Soergel, 6.u.7.Aufl. (1937/39), § 611 Anm.7; Oegg, RGRK, 8. Aufl. - weitergehend jedoch in der 9.Aufl., § 611 Anm. 3.

bei höchster Anerkennung eines inneren Wertes der Arbeit nicht bestreiten könne, daß ein zeitlich begrenzter, voll bezahlter Sonderurlaub nichts Schlimmes sei. Und Wawretzko (47) wollte die Beschäftigungspflicht nur auf geistige und kulturell schaffende oder kulturfördernde Berufe begrenzt wissen.

In gleicher Weise wie ein Teil des Schrifttums waren auch die Gerichte gegenüber der Anerkennung eines allen AN zustehenden Beschäftigungsanspruches zurückhaltend. Sie hielten, von Ausnahmen abgesehen (48), an ihrer bisherigen, in der Tendenz aber auf Erweiterung bedachten Rechtsprechung fest. Danach sollte nur das Vorhandensein eines besonderen Beschäftigungsinteresses die Zuebilligung eines entsprechenden Anspruches rechtfertigen (49). In einer Entscheidung des LAG Gleiwitz vom 24. April 1935 (50) wird sogar ausgeführt, daß auch die veränderte Anschauung über die Werkverbundenheit zwischen Meister und Gesellen nicht zu einer so weitgehenden Änderung der Rechtsprechung in der Frage, ob "ein Recht auf Abnahme der Arbeit" bestehe, zu führen brauchte. Der Vollständigkeit wegen muß aber darauf hingewiesen werden, daß in diesem Falle der durch Kündigung bedingte beschäftigungslose Zustand des AN infolge einer vereinbarten Kündigungsfrist von 5 Tagen nur diesen Zeitraum andauerte.

(47) DJ 1941, S. 1019.

(48) LAG Leipzig DJ 1938, S. 1076 für einen Schwerbeschäftigten.

(49) Vgl. LAG Leipzig ARS 45, S. 83: 32 S. 161; ablehnend in ARS 45, S. 105 (110f) für den Geschäftsführer einer Genossenschaft. Die Entscheidung war aber wohl schon nach der damaligen einschränkenden Ansicht nicht haltbar, weil es sich zweifellos um einen AN mit besonderem Beschäftigungsinteresse handelte.

(50) ARS 24, S. 158 f mit zustimmender Anmerkung von A.Hueck; ähnlich LAG Gleiwitz ARS 31, S. 102.

D I n d e r G e g e n w a r t

I. Eine allgemeine Beschäftigungspflicht ablehnende Meinungen

Nachdem die allgemeine Beschäftigungspflicht unter der Herrschaft des AOG weitgehend Anerkennung gefunden hatte, wurde in den ersten Jahren nach dem Ende des zweiten Weltkrieges ganz überwiegend der entgegengesetzte Standpunkt vertreten. Anknüpfend an die Rechtsvorstellungen vor dem Erlass des AOG legten das Schrifttum (51) und die Rechtsprechung (52) besonderen Wert auf die Feststellung, daß aus dem Recht des Dienstherrn, die zugesagten Dienste in Anspruch zu nehmen, nicht ohne weiteres eine Pflicht zur Beschäftigung folge. Eine

-
- (51) Vgl. Citron-Hessel, S.53; Traub, S.27; Sitzler, ArbR-Blätter, Übersicht VII D I 4a; Kleeis ZblArb Wiss.1951, S. 26f; Bobrowski, S.162; Soergel-Erdsiek, 8.Aufl., § 611 Anm. 7; Schlegelberger-Schröder, 3. Aufl., § 59 HGB Anm. 87 a; Baumbach-Duden, 8.Aufl., § 59 HGB Anm. 5 D; Palandt 7.-22.Aufl., § 611 Anm. 3e; Achilles-Greif, 19. Aufl., § 611 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann, 14.-15. Bearbeitung, S.604; Waechter, Betrieb 1955, S.361; Esser, 1.Aufl., S. 218, abgeschwächt aber 2. Aufl., S. 589.
- (52) Vgl. LAG Hamm ARSt Bd.1 Nr. 274; LAG Kiel ARSt Bd. I Nr. 629; LAG Frankfurt/M BB 1949, S.692; LAG Baden in Heidelberg ARSt Bd.IV Nr. 16; LAG Düsseldorf DRZ 1950, S. 35; LAG Baden, Freiburg ARSt Bd. VI Nr. 14; LAG Groß-Berlin AP 51 Nr. 43 mit zustimmender Anmerkung von Zigan; LAG Mannheim AP 52 Nr. 6, 200; LAG München AP 52 Nr. 24; LAG Hamburg ARSt Bd. VIII Nr. 668; ARSt Bd. XIII Nr. 223; ArbG Mosbach ARSt Bd. V Nr. 11; ArbG Husum ARSt Bd. V Nr. 582; ArbG Osnabrück ARSt Bd. VI Nr. 390; ArbG Rheine ARSt Bd. VIII Nr. 137; ArbG Augsburg ARSt Bd. IX Nr. 151; ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd. XV Nr. 133; ArbG Bayreuth ARSt Bd. XXI Nr. 468. Eine klare Stellungnahme vermeiden: ArbG Karlsruhe ARSt Bd. VIII Nr. 282; ArbG Stade AP 53 Nr. 100=ARSt Bd. VIII Nr. 283.

besondere Verpflichtung zur Beschäftigung bestehe nicht; denn das Interesse, dem Vertragssinn gemäß beschäftigt zu werden, werde schon durch den Entgeltanspruch gegen Angebot der vertragsmäßigen Arbeit berücksichtigt. Wohl aber sollte der AN dann seine Beschäftigung verlangen können, wenn eine dahingehende Abrede getroffen sei oder wenn sich eine Pflicht zur Beschäftigung aus den Umständen des Einzelfalles ergebe.

Gelegentlich wurde ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch auch mit der Begründung abgelehnt, daß ein solcher Anspruch Ausdruck nationalsozialistischer Gesinnung sei (53) (54)

In neuerer Zeit hat sich vor allem Hedderich (55) gegen eine allgemeine Beschäftigungspflicht ausgesprochen. Er geht davon aus, daß die Arbeit, wenn auch an die Person des Trägers gebunden, in erster Linie ein wirtschaft-

-
- (53) E. Molitor, Recht auf Arbeit, S. 732 Anm. 9; Waechter, Betrieb 1955, S. 361; anders jedoch: Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S. 284.
- (54) Zwar trifft es zu, daß der nationalsozialistische Staat im Hinblick auf seine kriegswirtschaftlichen Ziele ein elementares Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung eines jeden AN hatte. Keineswegs kommt aber dem damaligen Schrifttum das Verdienst zu, eine allgemeine Beschäftigungspflicht zuerst er- und anerkannt zu haben. Vielmehr reichen die Wurzeln dieses Rechtsinstituts bis tief in die Weimarer Republik hinein. Wenn auch unter der Herrschaft des AOG der Prozeß der rechtlichen Durchsetzung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches erheblich beschleunigt worden ist, so enthält ein solcher Anspruch jedoch in seinem Kern nicht typisch nationalsozialistisches Gedankengut; ebenso A. Hueck, RdA 1953, S. 117, Nikisch I S. 514, Reitmeier, S. 217 f.
- (55) S. 47 ff; auch Reitmeier, S. 215, 219, 226 ff;

liches Gut darstelle. Für ihn ist die Arbeit ebenso ein "Produktionsfaktor" wie etwa das Kapital, die Rohstoffe oder der Boden. Man wird in diesem Zusammenhang an die Vorstellungen erinnert, wie sie beispielsweise Sinzheimer (56) 1927 geäußert hat, als er davon sprach, daß der AG seine "Befehlsgewalt", die ihre Grundlage in dem Eigentum an den Arbeitsmitteln hätte, nicht als Gläubiger, sondern als Herr ausübe, und der deshalb auch einen Beschäftigungsanspruch verneinte. Im Grunde genommen richten sich deshalb Hedderichs Bedenken hauptsächlich gegen eine, wie er meint, mit der Gewähr eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches verbundene Aushöhlung der "unternehmerischen Freiheit" (57). Nach seiner Ansicht könne eine derartige Begrenzung des Direktionsrechts nicht gutgeheißen werden, weil nach unserem derzeitigen Wirtschaftssystem die Leitung des Betriebes immer noch dem AG obliege. Im übrigen sieht Hedderich (58) für die Fälle, in denen die Nichtbeschäftigung aus Konkurrenzgründen erfolgt, um anderen Betrieben wertvolle Arbeitskräfte vorzu-enthalten, oder in denen eine Schädigungsabsicht des AG die Triebfeder für die Nichtbeschäftigung darstellt, in den §§ 226 und 826 BGB einen ausreichenden Schutz.

II. Einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bejahende Auffassungen

1. Schrifttum

Verschiedentlich wird die Ansicht (59) vertreten, dem AN stehe deshalb ein Beschäftigungsanspruch zu, weil

(56) Grundzüge S. 146 f.

(57) S. 50.

(58) S. 53.

(59) So Wawretzko, BStSozArbR. 1949, S. 86; Meissinger, S. 120; Maus, Arbeitsverh., S. 129; Schnorr v. Carolsfeld, S. 241; LAG München AP 52 Nr. 24; BB 1954, S. 286; vgl. auch Bay. VFGH AP Art. 166 Bay.Verf.Nr.2; Becker, S. 62 f; Hacker, S. 36f; E. Molitor, Das Recht auf Arbeit, S. 743; Vollmer, S. 33.

und soweit das Bonner Grundgesetz oder die einzelnen Landesverfassungen ein Recht auf Arbeit (60) gewährleisten. Die arbeitsrechtliche Beschäftigungspflicht sei nur die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses.

Nach den Auffassungen von Nawretzko (61) und Giese (62) ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag nicht nur zivilrechtliche, sondern auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen. Aus diesem Umstand ziehen sie den Schluß, daß neben der Verpflichtung zur Lohnzahlung und Gewährung von Arbeitsschutz auch eine Verpflichtung zur Beschäftigung bestehe.

Schniedermann (63), Hedemann (64) und Denecke (65) wollen einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch aus dem weitgehend, keinesfalls aber allgemein anerkannten

-
- (60) Zur begrifflichen Abgrenzung vom Beschäftigungsanspruch vgl. oben S. 5-7.
- (61) BlStSozArbR. 1949, S. 86; vgl. demgegenüber aber DJ 1941, S. 1019. Einzelheiten oben S. 40.
- (62) Die Quelle 1953, S. 28.
- (63) S. 37 ff.
- (64) RdA 1953, S. 121 (125); derselbe schon 1925 bei Potthoff, Die sozialen Probleme des Betriebes, S. 22.
- (65) RGRK, § 611 Anm. 12; vgl. auch Hacker, S. 41 ff, der zwar meint, daß ein wirksamer Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses ohne Beschäftigungspflicht nicht denkbar sei, aber dennoch aus dem Recht am Arbeitsplatz keinen Beschäftigungsanspruch ableitet. Unter Hinweis auf Hessel; BlStSozArbR. 1951, S. 28, stellt er nur fest, daß der Schutz der Betriebszugehörigkeit durch unser heutiges Kündigungsrecht unvollkommen und in der Wirksamkeit begrenzt bleiben müsse, solange der Kündigungsschutz nicht durch das Verbot einer nicht gerechtfertigten Beschäftigungsentziehung verstärkt werde.

"Recht am Arbeitsplatz " (68) als einem absoluten "sonstigen Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB (67) herleiten.

Vor allem Schniedermann vertritt den Standpunkt, daß das Recht, beschäftigt zu werden, mit in der dem Arbeitsverhältnis durch das KSchG verliehenen Bestandschutzgarantie enthalten sei. Dann aber sei das Recht am Arbeitsplatz nicht nur verletzt, wenn das Arbeitsverhältnis aus sozial nicht gerechtfertigten Gründen oder auf den Druck Dritter gekündigt werde, sondern auch dann, wenn der AG den AN nicht beschäftige.

Schniedermann zufolge umfaßt der Schutz der Betriebszugehörigkeit mithin auch die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses einschließlich der Voraussetzungen, um die tatsächliche Betriebszugehörigkeit zu erlangen. Zu diesen gehört nach Schniedermann aber auch die tatsächliche Beschäftigung.

Von anderer Seite (68) wird zur Rechtfertigung der allgemeinen Beschäftigungspflicht auf das ethische Moment der Arbeit hingewiesen und hervorgehoben, daß auch der AN, so sehr er selbstverständlich auf das materielle

(66) Zur begrifflichen Abgrenzung vom Beschäftigungsanspruch vgl. oben S.8/11.

(67) Bejahend u.a.: Hedemann, RdA 1953, S.121 ff; Herschel, RdA 1953, S.41 ff; derselbe, BARbBl 1955, S.571 ff; ders., Festschrift für Lehmann, S.666ff; ders., RdA 1960, S.121 ff; Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm. 58a; Nipperdey in Festschrift für Sitzler, S.92 ff; ders.in Hueck-Nipperdey II, S.120, 123, 637/38; Kaskel-Dersch, S.281; Fabricius, ArchZivPr.160(1961) S. 273 (305 ff); Auffarth-Müller, KSchG, § 1 Anm. 22; Erman-Küchenhoff, vor § 611 Anm. 6; Soergel-Siebert, § 823 Anm. 39; Enneccerus-Lehmann, § 234 IIb, d. Ablehnend u.a.: A. Hueck in Festschrift für Hedemann (1958), S.131 ff; Nikisch I, S.219, 637; II, 858; Schnorr von Carolsfeld, S.22; Esser, § 202, I b, gg; Wiedemann, RdA 1961, S.1ff. Unentschieden: BAG I, S.128 ff.

(68) Hessel, S.10, 11, 27; ders., B1StSozArbR 1951, S. 27f; ähnlich Erman-Küchenhoff, § 611 Anm. 6b B.

Ergebnis seiner Arbeit angewiesen sei, arbeite, um seinem Leben einen sinnvollen Inhalt zu geben. Deshalb sieht Hessel (69) in der Verurteilung zu bezahlter Untätigkeit eine moralische Diskriminierung der gesamten Arbeitnehmerschaft.

In diesem Zusammenhang ist auch die Auffassung Schnorr von Carolsfelds (70) zu erwähnen. Für ihn folgt die Beschäftigungspflicht aus dem Gedanken der sittlichen Verantwortung des AG. Wer sich so in die Hand eines anderen begeben, daß er diesem seine ganze Kraft und Persönlichkeit zur Verfügung stelle, der müsse auch die Gelegenheit erhalten, seine Kraft und Persönlichkeit zu nutzen. Es muß aber ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß Schnorr von Carolsfeld hier nur die "eigentliche" Beschäftigungspflicht im Auge hat, die ausnahmsweise nur dann bestehen soll, wenn die tatsächliche Beschäftigung für den AN "lebenswichtig" ist. Demgegenüber will er die nach ihm davon zu unterscheidende Pflicht zur Annahme der einzeln angebotenen Leistungen ganz allgemein für jedes Arbeitsverhältnis anerkennen. Diese Unterscheidung ist für Schnorr von Carolsfeld hinsichtlich der Rechtsfolgen bedeutsam. Für den Fall nämlich, daß der AG nur zur Entgegennahme der einzelnen Leistungen verpflichtet ist, soll dem AN ein Schadensersatz wegen unterbliebener Beschäftigung nur dann zustehen, wenn der AN seine Leistung einzeln und jedes Mal aufs neue angeboten hat (71).

Als weiterer Vertreter der Lehre von der allgemeinen Beschäftigungspflicht ist Maus (72) anzuführen. Unter

(69) aaO.

(70) S. 241.

(71) S. 243.

(72) Arbeits- u. Sozialrecht, S. 223 ff; Handbuch des Arbeitsrechts, S. 68 ff.

Hervorhebung der betrieblichen Arbeitsgemeinschaft als des Mittelpunktes des Arbeitsverhältnisses (73) soll sich eine Beschäftigungspflicht aus dem Inhalt und Zweck des Arbeitsverhältnisses (74) ergeben. Da der Zweck des Arbeitsverhältnisses in der Zuweisung von Arbeit liege, ergebe sich aus dem Arbeitsverhältnis zugleich auch die Beschäftigungspflicht. Weiterhin meint Maus, habe sich der AG zur Einstellung des AN in den Betrieb verpflichtet. Da aber die Einstellung faktisch und rechtlich durch die Zuweisung des Arbeitsplatzes erfolge, habe der AN mit dem Einstellungsanspruch auch einen Anspruch auf Beschäftigung erworben, der nichts anderes als die zwingende Rechtsfolge aus der mit der Einstellung in den Betrieb begründeten betriebsverfassungsmäßigen Rechtsstellung sei.

Einer anderen Auffassung (75) zufolge erwächst die Verpflichtung zur Beschäftigung eines jeden AN unmittelbar

-
- (73) Ähnlich Greil, DAG-Nachrichten, Blatt 17, der von einer "naturegebenen sozialen Betriebs- u. Arbeitsgemeinschaft zwischen allen für einen Betrieb wirkenden Personen" spricht.
- (74) Maus stützt die Beschäftigungspflicht aber auch auf die Fürsorgepflicht des AG.
- (75) Vgl. Sternberg, S. 25; Greil, DAG-Nachrichten, 1950, Bl. 17; Siebert HSW I, S. 382; Becker, S. 54ff; siehe ferner Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 488; Vollmer, S. 55f, 78, 87, 91; nur den Einzelfall betreffend: Klein, Österr. ZBl. 1910, S. 28; Sinzheimer, S. 146 Anm. 3; Stewens, S. 35; Franke, Diss. S. 95; Lautner, S. 341; Kreller, ArchZivPr. 125, S. 84 Anm. 274; LAG Hamm ARSt Bd. I Nr. 274 - a. A. Opet, Gutachten, S. 218; Lohwasser, S. 19; Daubitz, S. 42f; Somborn, S. 38; Finkelstein, S. 43; Kutzer, S. 287; Oertmann, BGB, § 611 Anm. 2e; Reitmeier, S. 103ff, 157f; Schniedermann, S. 29, der § 242 BGB aber nur deshalb ablehnt, weil es sich um einen Rechtsgrundsatz allgemeiner Art handele und weil für die grundsätzliche Anerkennung einer Beschäftigungspflicht auf Grund der modernen Auffassung vom Arbeitsverhältnis konkretere Anknüpfungspunkte gegeben seien. Die eigentlichen mit § 242 BGB in Zusammenhang stehenden Probleme läßt Schniedermann damit unberücksichtigt.

aus § 242 BGB; denn es widerspreche Treu und Glauben, die Annahme der Dienste in das Belieben des AG zu stellen.

Die weitaus meisten Befürworter (76) eines allen AN zustehenden Beschäftigungsanspruches begründen einen solchen hingegen aus dem personenrechtlichen Gehalt und somit aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus wird ein derartiger Anspruch auch aus der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht (77) (78) (79),

-
- (76) Grub ArbR-Blätter unter B I.; Hessel BlStSozArbR 1951, S. 27; Kleeis, ZBlf. ArbWiss. 1951, S. 26 ff; Lückehe, Betriebsrat 1958, S. 412; Sternberg, S. 26 ff; Schniedermann, S. 36; Bobrowski-Gaul, S. 299; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 265.
- (77) So Soergel-Siebert, § 611 A. m. 186; Denecke, RGRK § 611 Anm. 12; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 617 Anm. 12; Palandt-Gramm (ab 23. Aufl.) § 611 Anm. 3e; Maus, a.a.O., Becker, S. 59; Rewolle RdA 1954, S. 258 ff; Hacker, S. 38 ff; Kessler, Funktionär 1958, S. 135; Stecher, RdA 1961, S. 264, Erman-Küchenhoff, § 611 Anm. 6b B, der aber auch dem "Recht auf menschenwürdige Existenz" ausschlaggebende Bedeutung zumißt. Zwar hat der Autor die noch in den Voraufgaben vertretene Auffassung, wonach der einzelne kraft seiner Existenz ein Recht auf menschenwürdige Existenz und deshalb ein Recht auf Arbeit (gemeint ist hier der Beschäftigungsanspruch) habe, insoweit aufgegeben, als dieses Existenzrecht nunmehr nur noch auf den Arbeitsvertrag "ausstrahlen" und dessen Struktur gestalten solle. Aber auch weiterhin bleibt Küchenhoff den Nachweis eines die Privatrechtssphäre unmittelbar gestaltenden Rechts auf menschenwürdige Existenz schuldig. Eine Drittwirkung des jedenfalls viel zu unbestimmten Art. 1 des GG muß indessen abgelehnt werden, vgl. dazu S. 98 ff und Maunz-Dürig, Art. 1 Rn 127 ff. m.N. auch der gegensätzlichen Auffassung.
- (78) Soweit Nikisch I, S. 513 den Beschäftigungsanspruch auf die Treupflicht stützt, besteht kein sachlicher Unterschied, da er in der Fürsorgepflicht die wesentlichste Erscheinungsform der arbeitgeberischen Treupflicht sieht, vgl. bei ihm S. 470.
- (79) Vgl. auch Kaskel-Dersch, S. 200 f, unter Betonung des dem Arbeitsrecht wesenseigenen sozialrechtlichen Schutzprinzips. In Anbetracht dessen, daß die arbeitgeberische Fürsorgepflicht letztlich nur eine Auswirkung dieses von Dersch so genannten Prinzips darstellt, ist auch er zu den Vertretern zu zählen, die einen Beschäftigungsanspruch aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und insbesondere aus der Fürsorgepflicht ableiten.

verschiedentlich aber auch aus der Fürsorgepflicht und der Treupflicht zugleich (80) abgeleitet. Dabei geht diese Lehre von der Erkenntnis aus, daß der AG aufgrund des Arbeitsverhältnisses als einem auf beiderseitiger Treue und Rücksichtnahme beruhenden personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis gehalten ist, in dem von ihm eingestellten AN den Menschen und Partner zu sehen, ihn demgemäß zu behandeln und folglich auch zu beschäftigen (81).

Im Hinblick auf die Frage nach dem Bestehen der allgemeinen Beschäftigungspflicht nimmt schließlich Alfred Hueck (82) - ihm im wesentlichen folgend Reitmeier (83) - eine gewisse Sonderstellung ein. Gestützt auf die aus dem Arbeitsverhältnis folgende Pflicht des AG, auf die Persönlichkeit des AN und dessen berechnigte Interessen gebührend Rücksicht zu nehmen, erkennt einerseits auch Alfred Hueck einen Beschäftigungsanspruch grundsätzlich (84) an. Andererseits soll diese Pflicht aber nur bestehen, "wann und soweit ein begründetes Interesse des AN an tatsächlicher Beschäftigung vorhanden ist und nicht überwiegende Interessen des AG entgegenstehen" (85).

-
- (80) Staudinger-Weber, § 242 BGB Anm. A 488; Röhslor, Betrieb 1958, S.1463.
- (81) Soweit die allgemeine Beschäftigungspflicht auch auf die Art. 1 und 2 des GG gestützt wird, kann auf die weiter unten - S.98ff - folgenden Ausführungen verwiesen werden.
- (82) Hueck-Nipperdey, I, S.380 ff; so auch Schlegelberger-Schröder, § 59 HGB Anm. 87 b.
- (83) S.215, 219, 226 ff, allerdings eine grundsätzlich allen AN zustehende Beschäftigungspflicht ausdrücklich verneinend.
- (84) Hueck-Nipperdey I, S.397, S.413 u. Anm. zu BAG AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 2.Grundriß, S.93.
- (85) Hueck-Nipperdey I, S.382 u. RdA 1953, S. 117/18; Grundriß, S.93.

Diese letzte und die folgende Formulierung: "Das Interesse des AG an dem Unterbleiben der Beschäftigung wirkt um so schwerer, je geringer das Interesse des AN an der Beschäftigung ist" (86) legen die Vermutung nahe, daß die Beweislast für das Interesse des AN an seiner tatsächlichen Beschäftigung jedenfalls der AN tragen soll (87). Im Vergleich zu der ein Beschäftigungsinteresse bei jedem AN voraussetzenden Lehre, derzufolge vielmehr der AG sein Interesse an der Nichtbeschäftigung des AN darlegen muß, werden sich aber im Ergebnis nach der von Hueck und Reitmeier vertretenen Ansicht von der durch die Interessenlage des Einzelfalles bestimmten Beschäftigungspflicht nur unwesentliche Abweichungen ergeben; denn auch Hueck räumt ein, daß ein zu berücksichtigendes Interesse an der Beschäftigung grundsätzlich bei jedem AN vorhanden sein kann (88). Der AN brauche nur darzulegen, daß irgendein ernstzunehmendes Interesse für sein Verlangen nach Arbeitsleistung besteht (89).

2. Rechtsprechung

Betrachtet man die Gründe, die die Gerichte maßgebend bestimmt haben, einen Beschäftigungsanspruch allen AN zuzubilligen, so ist folgendes anzuführen:

Das Arbeitsgericht Bremen (90.) betonte bereits in einer Entscheidung vom 24. Juni 1948, zu einer Zeit also, als die Rechtsprechung eine allgemeine Beschäf-

-
- { 86) Hueck-Nipperdey I, S. 384.
{ 87) So auch Reitmeier, S. 194. Hingegen meint Hedderich, S. 33, daß auch A. Hueck die Beweislast dem AG auferlegen wolle.
{ 88) Hueck-Nipperdey I, S. 383; vgl. auch Reitmeier, S. 249, der schließlich auf Grund der Berücksichtigung vielfältiger ein Beschäftigungsinteresse tragender Gesichtspunkte "zu einer weitgehenden Anerkennung der Beschäftigungspflicht für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen" gelangt.
{ 89) Reitmeier, S. 193.
{ 90) BB 1949, S. 424 = ARSt Bd. II Nr. 240.

tigungspflicht allgemein ablehnte (91), daß sich ein solcher Anspruch aus dem im Arbeitsverhältnis vorherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben ergebe. Darüber hinaus begründete das Gericht seinen Standpunkt auch damit, daß eine höhere Vertragstreue dem arg darniederliegenden Wirtschafts- und Rechtsleben nur wieder zum Aufstieg verhelfen könne, wenn jede Arbeitsleistung eines AN nicht mehr nur eine Pflicht, sondern zugleich als ein Recht zum Wohle der Allgemeinheit angesehen und ausgeübt werde. Ebenso bejahte das Arbeitsgericht Offenburg in einem Urteil vom 15. September 1953 (92) eine allgemeine Pflicht zur Beschäftigung und sah als maßgebend dafür die Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit und die menschlichen Interessen des AN an. Das Landesarbeitsgericht Berlin (93) stützte in einer Entscheidung vom 10. September 1954 einen solchen Anspruch, unabhängig von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, auf § 157 BGB.

Von besonderer Bedeutung ist endlich die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. November 1955 (94). Darin erkennt das BAG - die ArbGe sind diesem Urteil, soweit erkennbar, mit weitgehend derselben Begründung ge-

(91) Vgl. S. 42 und Anm. 63.

(92) ARSt Bd. XI Nr. 623.

(93) BB 1955, S. 66 = ARSt Bd. XIII Nr. 224, vgl. auch die richtungweisenden Ausführungen des LAG Stuttgart AP 51 Nr. 177.

(94) BAG 2, S. 221 ff (bestätigt in BAG 3, S. 66 (69); 13, S. 109 ff = NJW 1962, S. 1837; NJW 1964, S. 1918 (1920)) = Betrieb 1956, S. 114 f = BB 1956, S. 115 = JZ 1956, S. 184 f = WA 1955, S. 187 = NJW 1956, S. 359 f = AP § 611, Beschäftpfl. Nr. 2 mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck = SAE 1956,

S. 145 ff mit zustimmender Anmerkung von Pieper = BarBBl 1957, S. 11 ff mit zustimmender Anmerkung von Trieschmann = AuR 1957, S. 217 ff mit zustimmender Anmerkung von Frey. Vgl. auch BGHZ 8, S. 35 (45). Der BGH hat dort zwar zu der umstrittenen Frage des Beschäftigungsanspruches nicht abschließend Stellung genommen, aber ausgeführt, daß neuerdings "beachtliche Gründe" für die Anerkennung dieses Anspruchs geltend gemacht werden.

folgt (95) und auch im Schrifttum hat es, jedenfalls im Ergebnis, allgemeine Zustimmung gefunden (96) - die grundsätzliche Pflicht des AG an, den AN während des Bestehens des Arbeitsvertrages auch tatsächlich zu beschäftigen. In den Urteilsgründen hebt das BAG den Charakter des Arbeitsverhältnisses als personen-rechtliches Gemeinschaftsverhältnis hervor, das den AN in seiner ganzen Person erfasse und deshalb wesentlich sein Leben gestalte sowie seine Persönlichkeit bestimme. Dann, so heißt es weiter, müsse der AG nicht nur auf Grund der Treuepflicht, sondern insbesondere auf Grund der jedermann aus Artikel 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des AN und seine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit beeinträchtige. Beide Grundrechte seien aber beeinträchtigt, wenn dem AN zugemutet werde nicht nur vorübergehend, sondern womöglich jahrelang sein Gehalt zu empfangen, ohne sich in seinem bisherigen Beruf betätigen zu können.

An der Entscheidung des BAG ist vor allem bemerkenswert, daß das Gericht den Beschäftigungsanspruch nicht nur aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses herleitet (97), son-

-
- (95) LAG Berlin ARSt Bd. XXVII Nr. 288-WA 1963, S.13; ArbG Hamburg ARSt Bd. XXIII Nr. 548; ArbG Husum Bd. ARSt XVII Nr.129; ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd. XVI Nr. 354 u.WA 1956, S.188 - teilweise entgegenstehend LAG Hannover, Entscheidung vom 30.5.1956 +2 SA 163/56- AuR 1962, S.90; ARSt Bd. 1964/I Nr. 194.
- (96) Vgl. die unter (94) Seite 51 angeführten zustimmenden Äußerungen; ferner: Achilles-Greiff, § 611 Anm. 5i; Palandt-Gramm, § 611 Anm. 3e (ab. 23. Aufl.); Grub, ArbR-Blattei, Entscheidg.3; Tilka, BlStSozArbR.1957, S.152; Lückehe, Betriebsrat 1958, S. 412; Kessler, Funktionär 1958, S.134/35; Wawretzko, BlStSozArbR. 1956, S.221; ders., Berliner Wirtschaft 1956, S.1074; Frey, BB 1959, S.529; Gumpert BB 61, S.833; vgl. auch Jaerisch JR 56, S.171; Baumbach-Duden,HGB,§ 59 Anm.8F.
- (97) Das übersieht Sternberg, S.12, wenn er ausführt, das BAG habe zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des AG zur Abnahme - richtig: Annahme - der Dienste nicht Stellung genommen.

dern ihn in erster Linie auf Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes stützt. Dieser Entscheidung des BAG kommt grundsätzliche Bedeutung zu. Erich Molitor (98) meinte sogar, daß nun, nachdem die Entscheidung des BAG nur Zustimmung gefunden habe, der Anspruch auf Beschäftigung für die Bundesrepublik Deutschland als geltendes Recht angesehen werden müsse.

Daß die Rechtslage in der von Erich Molitor bezeichneten Weise als gesichert angesehen werden kann, muß zwar in Zweifel gezogen werden, aber sicherlich geht der Einwand Hedderichs (99) fehl, das Urteil des BAG sei nicht von so grundsätzlicher Art, weil es sich in dem zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreit bei der Klägerin um eine Chefärztin, also um eine Arbeitnehmerin gehandelt habe, der auch schon nach der bisherigen Rechtsprechung ein Beschäftigungsanspruch zugebilligt worden sei. Gewiß hat jedes Urteil stets die Entscheidung des konkreten Rechtsstreites zum Gegenstand. Nichts lag aber für das BAG näher, als sich dann nur auf Ausführungen zu beschränken, die imstande gewesen wären, einen Beschäftigungsanspruch beim Vorliegen eines besonderen Beschäftigungsinteresses zu rechtfertigen. Demgegenüber hebt das BAG aber gerade hervor, daß die von ihm entwickelten Grundsätze auch und insbesondere bei leitenden Angestellten oder anderen AN mit besonders bedeutsamen Aufgaben Gültigkeit hätten. Im übrigen verwendet das BAG auch die klare Formulierung, daß die Beschäftigungspflicht "grundsätzlich" (100) zu bejahen sei. Weshalb, wie Hedderich meint, aus der Tatsache, daß das BAG die AN-Gruppen mit besonderen Aufgaben ausdrücklich hervorgehoben hat, zu

(98) Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S.284
- anders noch in Anm. zu AP 51 Nr. 40, 177/78.

(99) S. 38.

(100) Ebenso BAG NJW 1964, S.1920, wenngleich in dieser Entscheidung Einschränkungen nicht ausgeschlossen werden.

schließen sei, daß diese Hervorhebung praktisch einer Differenzierung nach Arbeitnehmern erster und zweiter Klasse gleichkomme, bleibt unverständlich. Mehr als die Feststellung, daß neben dem allgemeinen noch ein zusätzliches, ein besonderes Beschäftigungsinteresse vorhanden sein kann, ist wohl mit den Ausführungen im Urteil nicht beabsichtigt gewesen.

Faßt man das Ergebnis der bisherigen Untersuchung zusammen, dann ist festzustellen, daß heute ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, weitgehend Anerkennung gefunden hat. Dagegen bilden die Vertreter, die auch nach dem Urteil des BAG vom 10. November 1955 einen ablehnenden Standpunkt einnehmen (101), eine Minderheit (102).

-
- (101) Enneccerus-Lehmann, § 146 III 4; Palandt-Gramm, § 611 ANm. 3e (anders aber ab 23. Aufl.); Hedderich a.a.O.; auch Reitmeier S. 215, 219, 226 ff; ArbG Bayreuth ARSt Bd. XXI Nr. 468.
- (102) Enneccerus-Lehmann, § 146 III 4, hält dagegen die ablehnende Meinung noch für die herrschende; ebenso wohl ArbG Bayreuth ARSt Bd. XXI Nr. 468.

Dritter Teil:

Die Beschäftigungspflicht auf Grund gesetzlicher Rege- lungen und Auslegung sowie vertraglicher Vereinbarungen

A Gesetzliche Regelungen

I. Lehrling

Nach § 127 Abs. 1 der GewO (1) ist der Lehrherr verpflichtet, den Lehrling in den in seinem Betrieb vorkommenden Arbeiten zu unterweisen. Die so vom Gesetz umschriebene Ausbildungspflicht umfaßt einerseits die Pflicht zur Vermittlung praktischer Kenntnisse und andererseits die Pflicht zu theoretischer Unterweisung. Nur durch die tatsächliche Beschäftigung lassen sich praktische Kenntnisse vermitteln (2). Diese aber sind unerläßlich, soll der Lehrling nach Abschluß seiner Lehre befähigt sein, Tätigkeiten auszuüben, die nach Art und Umfang denen des Lehrgewerbebetriebes entsprechen. Erst durch die Beschäftigung gewinnt der Lehrherr ein zutreffendes Bild über den bisher erzielten Ausbildungserfolg; erst so stellt er fest, ob und inwieweit der Lehrling noch der weiteren Übung und Anleitung bedarf. Mit voller Absicht ist deshalb im Entwurf zur Novelle zur Gewerbeordnung von 1878 die ursprünglich vorgesehene Formulierung, den Lehrling "mit den Arbeiten bekanntzumachen" durch die Wendung "zu unterweisen" ersetzt worden, weil das Ziel einer Lehre nicht in der Erlangung von Wissen,

(1) Ebenso § 76 Abs. 2 HGB; § 22 Abs. 1 HandwO; ähnlich § 13 Nr. 2 Berliner Gesetz zur Regelung der Berufsausbildung sowie der Arbeitsverhältnisse Jugendlerner vom 4. Januar 1951 (VOBl. 1951, 40).

(2) Im Ergebnis ebenso Finkelstein, S. 40; Vollmer, S. 42 f; Becker, S. 20; Reitmeier, S. 120 - anders: Kopacz, S. 11; Wilke, S. 10 f.

sondern von Können besteht (3). Da aber der Zweck des Lehrverhältnisses ausschließlich in der die tatsächliche Beschäftigung mit umfassender Ausbildung besteht (4), ist der Lehrherr schon kraft Gesetzes (5) (6) und nicht erst auf Grund stillschweigender Vereinbarung (7) zur Beschäftigung verpflichtet.

Soweit für andere als gewerbliche, kaufmännische oder handwerkliche Lehrlinge Sondervorschriften fehlen, wird man wegen der Gleichartigkeit der Interessenlage unbedenklich die §§ 127 Abs. 1 GewO, 76 Abs. 2 HGB und 22 HandwO entsprechend anwenden können. Das muß in

-
- (3) Kommissionsbericht in: Stenogr. Berichte des Reichstages 1878, II. Bd., Drucksache 177, S. 1164; vgl. auch Motive 1897, Drucksache 713, S. 52.
 - (4) Unzutreffend daher Franke, SchlW 1926, Sp. 10 u. Hamburger S. 28, wenn sie die Beschäftigungs- mit der Ausbildungspflicht identifizieren.
 - (5) So auch Rohlfing-Kiskalt-Wolff, GewO, § 127 Anm. 13b; Baumbach-Duden, HGB § 76 Anm. 3; Schlegelberger-Schröder, HGB § 76 Anm. 11 f; Eyermann-Fröhler, HandwO § 22 Anm. II; Franke, Diss. S. 35f u. SchlW 1926, Sp. 10f; Finkelstein, S. 40; Somborn, S. 10; Daubitz, S. 38; Lohwasser, S. 8; Stolzenburg, S. 9; Vollmer, S. 42; Grub, ArbR-Blattei unter AI; Becker, S. 20; Reitmeier, S. 121; Hedderich, S. 61; Sternberg, S. 29f; Schniedermann, S. 21 - LG Weimar JW 1925, S. 1923; ROHG 7, S. 73; LAG München AP § 611 BGB, Nr. 1 Beschäftigungspflicht; BAG NJW 1965, S. 709.
 - (6) Vgl. auch §§ 148 Abs. 1 Ziff. 9 GewO u. 111 Abs. 2 Ziff. 1 HandwO, die in diesem Zusammenhang von "gesetzlichen Pflichten" sprechen.
 - (7) And. Oertmann, NZfA 1922, Sp. 466 u. Arbeitsvertragsrecht, S. 138; Hueck, Handb. d. Arbeitsr., S. 156; Hueck-Nipperdey I, 3/5. Aufl., S. 256; Maus, Arbeitsverh., S. 224; LAG Hamburg ARSt Bd. VIII Nr. 668.

gleicher Weise auch für Anlernlinge (8), Umschüler (9), Volontäre (10) und Praktikanten gelten, weil in all diesen Fällen die Ausbildung und damit die tatsächliche Beschäftigung zum notwendigen Vertragsinhalt der jeweiligen Rechtsverhältnisse gehört.

II. In Heimarbeit beschäftigte Frau

Nach § 9 Abs. 4 des Mutterschutzgesetzes vom 24. Januar 1952 in der Fassung vom 9.11.1965 dürfen die in Heimarbeit beschäftigten und die ihnen gleichgestellten Frauen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft, unbeschadet der im Gesetz vorgeschriebenen Beschäftigungsverbote der §§ 3, 4, 6, 8 Abs. 4 und § 24, nicht gegen ihren Willen bei der Ausgabe von Heimarbeit ausgeschlossen werden.

§ 9 Abs. 4 MuSchG läßt den Willen des Gesetzgebers erkennen - dafür spricht vor allem der Sachzusammenhang, in dem diese Vorschrift steht - , der werdenden Mutter oder Wöchnerin nicht nur den Arbeitsplatz, sondern auch den Verdienst zu erhalten (11). Die Schwangerschaft und die Niederkunft sollen sich sowohl im Interesse der Heimarbeiterin als auch im Interesse des zu erwartenden oder

-
- (8) Vgl. ganz allgemein dazu Huck-Nipperdey I, S. 738; Nikisch I, S. 871 m.N.
(9) Wawretzko, BlStSozArbR. 1949, S. 63; Giese, Quelle 1953, S. 28; Hedderich, S. 77.
(10) Vgl. Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., § 611 Anm.IX; 3b; Hermann, S. 31f; Kleeis, ZBlArbWiss.1951, S. 27; Reitmeier, S.122; Schniedermann, S.22 Anm. 51.
(11) Vgl. Stenogr.Berichte des Dt. Bundestages, 1.wahlper., Bd.9, S.7521; Bulla, MuSchG, § 9 Anm.128 f, insbes. BAG 3, S.66 (71f); AP § 9 MuSchG Nr. 22 (Fl.1430R).

geborenen Kindes sich nicht nachteilig auf die Erwerbseinkünfte auswirken; denn gerade während dieser Zeit stellen sich, mutterschaftlich bedingt, Leistungsminderung und Leistungsunfähigkeit ein. Wenn deshalb § 9 Abs. 4 MuSchG bestimmt, daß die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten während der gesetzlichen Schutzfristen nicht gegen ihren Willen bei der Ausgabe von Heimarbeit ausgeschlossen werden dürfen, dann soll allein dem Bedürfnis nach Sicherung eines regelmäßigen Einkommens Rechnung getragen werden (12). Insoweit steht § 9 Abs. 4 MuSchG in gewissem Zusammenhang mit § 615 BGB (13). Zwar ist wegen der persönlichen Selbständigkeit des Heimarbeiters die rechtliche Natur des Heimarbeitsverhältnisses umstritten (14), sicherlich enthält das Rechtsverhältnis aber auch Elemente des Werkvertrages. Dann jedoch hängt die Vergütung von der Abnahme des "Werkes" ab (§ 641 BGB). Hätte es der Auftraggeber oder Zwischenmeister in der Hand, die in Heimarbeit Beschäftigte schon von der Ausgabe von Heimarbeit mit der Folge des Nichtentstehens eines Vergütungsanspruches auszuschließen, dann wäre deren regelmäßiges Einkommen nicht mehr gesichert. Aus § 9 Abs. 4 MuSchG folgt deshalb, daß ein Vergütungsanspruch auch dann entsteht, wenn der Auftraggeber oder Zwischenmeister gegen den Willen der Heimarbeiterin Heimarbeit nicht zugewiesen hat. Andernfalls wäre die Heimarbeiterin genötigt, von sich aus das Rechtsverhältnis "freiwillig" zu beenden, um sich nach anderer Arbeit umzusehen. Sie verlöre dann ihren bisherigen "Arbeitsplatz", ohne daß eine große Wahrscheinlichkeit besteht, einen neuen zu finden. Somit

(12) Das BAG - BAG 3, S.66 (71 f), AP § 9 MuSchG Nr.22 - sieht in § 9 Abs.4 sogar einen für § 9 insgesamt maßgebenden Grundsatz.

(13) Köst, MuSchG, § 9 Anm.123.

(14) Siehe dazu Maus, HAG, § 2 Anm.12 mit Nachw.

erweist sich § 9 Abs. 4 MuSchG im Ergebnis als eine vermögensrechtliche Schutzbestimmung zugunsten der in Heimarbeit Beschäftigten und der ihnen Gleichgestellten und soll einer Umgehung des durch § 9 MuSchG gewährleisteten Kündigungsschutzes entgegenwirken (15). Dann aber läßt sich entgegen einer verschiedentlich geäußerten Ansicht (16) aus dieser Vorschrift trotz seines Wortlautes ein gesetzlicher Beschäftigungsanspruch nicht herleiten.

III. Betriebsratsmitglied

Bevor das Problem der Beschäftigungspflicht gegenüber den Mitgliedern des Betriebsrates erörtert werden soll, erscheint es angebracht, einen Blick auf die Ansichten dazu unter der Herrschaft des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 (17) zu werfen.

Gemäß § 97 Satz 3 BRG (17 a) war der AG verpflichtet, ein Betriebsratsmitglied, dem er ohne Zustimmung der Betriebsvertretung gekündigt hatte, "bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts in seinem Betrieb weiter(zu)beschäftigen." Aus der gesetzlichen Formulierung "weiterbeschäftigen" wurde vereinzelt gefolgert (18), der AG hätte den AN nicht bloß "äußerlich" wieder in den Dienst zu nehmen, sondern ihm auch wirklich Arbeit zuzuweisen,

(15) In diesem Sinne auch BAG AP § 9 MuSchG Nr. 22; Hueck-Nipperdey I, S. 868 Anm. 50.

(16) Schnorr v. Carolsfeld, S. 241; Sternberg, S. 31; siehe auch Hacker, S. 45, Anm. 73.

(17) RGBl., S. 147.

(17a) Ähnlich § 87 Abs. 1 u. 2 BRG, die den Fall betrafen, daß ein AG vom Gericht zur "Weiterbeschäftigung" eines zu Unrecht gekündigten AN verurteilt worden war. Soweit im Text Ausführungen zu § 97 gemacht werden, erstrecken sich diese auch auf § 87.

(18) Bewer, NZfA 1921, Sp. 36; Fülling, S. 53; Kappel, S. 157 (alle im Hinblick auf § 87 BRG); LG Stolp RArbBl. 1922 S. 267, 293; LG Leipzig SchlW 1924, Sp. 119 f.

dessen Dienste entgegenzunehmen.

Demgegenüber vertrat unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des BRG und der rechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses die überwiegende Meinung zu Recht den entgegengesetzten Standpunkt (19). Sie lehnte einen privatrechtlichen Beschäftigungsanspruch mit der Begründung ab, daß nur das Vertragsverhältnis mit seinen vorgegebenen Rechten und Pflichten weiterbestehe, ohne daß eine Pflicht zu tatsächlicher Beschäftigung dadurch begründet werde. In der Tat wäre es auch nicht einzusehen gewesen, warum ein Betriebsratsmitglied einen solchen Anspruch nur in gekündigter, nicht aber in ungekündigter, vielleicht sogar jahrelanger Stellung hätte haben sollen. Deshalb bemerkte Franke (20) zutreffend, daß Bowers Forderung zu absurd unsozial sei, als daß man sie als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, ziehen könnte.

Neben dieser einen privatrechtlichen Beschäftigungsanspruch verneinenden Ansicht wurde verschiedentlich auch betont, daß der Betriebsrat öffentlich-rechtliche Funktionen erfülle und infolgedessen eine Weiterbeschäftigungspflicht, wenn überhaupt, nur dem Staat gegenüber bestehen könnte (21).

Überblickt man den damaligen Stand der Meinungen zu dem Problem eines Beschäftigungsanspruches zugunsten eines einzelnen Mitgliedes des Betriebsrates, so fällt auf, daß ein solcher Anspruch nur im Zusammenhang mit Fragen

(19) Franke, SchlW 1924, Sp.191f; ders., GewKfmG 29.Bd., Sp.29ff; E.Molitor, NZfA 1926, Sp.67; Goerrig, SchlW 1924, Sp. 32; 1925, Sp.22; Kopacz, S.14ff; Stewens, S.25ff; Wilke, S.13f; Vollmer, S.53; Becker, S.23; Hueck-Nipperdey I, 3/5. Aufl., S.256 Anm. 2; Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S.215; Staudinger-Nipperdey, 9.Aufl., § 611 An. IX 2 b; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S.241 Anm.1; OLG Kassel NZfA 1925, Sp.611; LAG Mannheim SAE 1931, S.303f.

(20) GewKfmG 29. Bd., Sp.31.

(21) Kopacz, S.16; Stewens, S.30; Vollmer, S.53.

des Kündigungsrechtes behandelt worden ist, nicht aber unter dem Gesichtspunkt, ob nicht das Betriebsratsmitglied zur Erfüllung der spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben einer derartigen Rechtsmacht in Gestalt eines Beschäftigungsanspruches bedarf, ein Gesichtspunkt, der dann allerdings nach 1945 - wie anschließend zu zeigen sein wird - stärker in den Vordergrund trat.

Die Ansichten zu der Frage, ob dem Mitglied des Betriebsrates nach geltendem Recht ein Beschäftigungsanspruch zusteht, sind geteilt. Wenn auch eine gewisse Tendenz in Richtung auf die Anerkennung einer Beschäftigungspflicht erkennbar ist, so kann dennoch derzeit weder die eine noch die andere Ansicht als herrschend bezeichnet werden.

Ganz überwiegend wird zur Begründung der Beschäftigungspflicht das in § 53 Abs. 1 BetrVG enthaltene Störungs- und Behinderungsverbot (22) herangezogen. Die tatsächliche Beschäftigung sei, so argumentiert man (23), notwendige Voraussetzung für die Erfüllung der dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben. Eine erfolgreiche Tätigkeit der AN-Vertreter erfordere deren ständigen und unmittelbaren Kontakt zu ihren Arbeitskollegen, der in erster Linie durch ihre tatsächliche Beschäftigung erreicht werden könne.

(22) Ähnlich der vor dem Inkrafttreten des BetrVG maßgebend gewesene Art. IX des KRG Nr. 22. Für das Personalvertretungsrecht vgl. § 59 PersVG und die entsprechenden Landesbestimmungen.

(23) Vgl. LAG Bremen AP 51 Nr. 40; LAG Schleswig-Holstein ARSt Bd. I Nr. 629; ArbG Essen (Entscheidung vom 12. Juni 1947), zitiert bei Kleeis, ZBlArbWiss. 1951, S. 27; ArbG Bremen BB 1949, S. 424; ArbG Würzburg Bd. ARSt IX Nr. 27 - Red. des BB in: BB 1949, S. 424, 692; Kleeis, ZBlArbWiss. 1951, S. 27; Schmaltz, S. 74; Becker, S. 23f; Soergel-Erdsiek, 8. Aufl., § 611 Anm. 7; Waechter Betrieb 1955, S. 361; Kauffmann, Betriebsverfassung 1958, S. 167; Galperin-Siebert, BetrVG, vor § 21 Anm. 18; Schniedermann, S. 22; Palandt-Gramm, § 611 Anm. 3e (ohne Begründung).

Einen weniger weitgehenden Standpunkt nimmt Reitmeier (24) ein. Nach seiner Ansicht folgt aus der Nichtbeschäftigung nicht unbedingt eine Störung oder Behinderung der Betriebsrattätigkeit. Reitmeier räumt aber ein, daß die Nichtbeschäftigung im Einzelfall dazu führen könne.

Vereinzelte ist die Beschäftigungspflicht auch unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag hergeleitet und wegen des besonderen Interesses an einer Beschäftigung als stillschweigend vereinbart angesehen worden (25).

Soweit Rechtsprechung und Literatur dem Betriebsratsangehörigen einen Beschäftigungsanspruch zubilligen, ist man sich fast ausnahmslos darüber einig, daß ein solcher Anspruch seinem Wesen nach dem Privatrecht zugeordnet werden muß. Dieser "bedenkenlosen Ableitung eines privatrechtlichen Beschäftigungsanspruches aus § 53 Abs. 1 BetrVG" ist besonders Reitmeier (26) entgegengetreten. Er meint, daß die öffentlich-

(24) S.135ff; auch Meissinger, BetrVG, § 53 Anm.4.

(25) Wohl nur das LAG Frankfurt/M., BB 1949, S.692, beruft sich auf das besondere Beschäftigungsinteresse und verwendet die Konstruktion einer stillschweigenden Vereinbarung. Den anderen von Schniederermann, S.22 und Anm.52/54 angeführten Gerichtsentscheidungen ist dagegen über den Beschäftigungsanspruch als "Anwendungsfall der stillschweigenden Parteivereinbarung bei besonderem Interesse" nichts zu entnehmen. Das trifft vor allem für die Entscheidung des ArbG Bremen, BB 1949, S.424, zu, in der ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Erwägungen heraus bejaht wird.

(26) S.137f, 233f; vgl. auch ArbG Bremen BB 1949, S.424; das unter Betonung des öffentlich-rechtlichen Charakters des Betriebsrates ausgeführt hat, wenn der AN-Vertreter das öffentlich-rechtliche Amt auf sich genommen habe, dann könne ihm der Betriebsinhaber diesen Wirkungskreis nicht durch die Ablehnung der Beschäftigung nehmen.

rechtliche Natur der Institution Betriebsvertretung und die Grundgedanken des BetrVG, das Bestreben der Allgemeinheit nach Befriedigung und Beruhigung des Verhältnisses von AG und Arbeitnehmerschaft im Betriebe, einer privatrechtlichen Auffassung widersprüchen. Die Tatsache, daß das Mitglied des Betriebsrates zulässigerweise die Interessen der Gesamtheit, nicht aber nebenherlaufende eigene Interessen wahrzunehmen habe, was sich ganz klar auch aus der Fassung des § 53 Abs. 1 in Verbindung mit der strafrechtlichen Sanktion des § 78 Abs.1 Buchst.b BetrVG ergeben soll, läßt Reitmeier dann zu dem Schluß gelangen, daß eine Beschäftigungspflicht nur öffentlich-rechtlicher Natur sein könne.

Was zunächst die behauptete öffentlich-rechtliche Natur der Beschäftigungspflicht betrifft, so kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden.

Mit der heute Überwiegenden Meinung (27) ist vielmehr davon auszugehen, daß das Betriebsverfassungsrecht und dessen Institutionen der Privatrechtsordnung angehören. Zwar wurde unter der Herrschaft des BRG von 1920 - insbesondere vom RAG und von der damaligen Staatslehre - der entgegengesetzte Standpunkt vertreten, an dem teilweise auch jetzt noch festgehalten wird (27a), aber diese Auffassung beruhte im wesentlichen darauf, daß unter Nachwirkung des Rätegedankens - Art. 165 der

-
- (27) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, § 1 Anm.31; Neumann-Duesberg, S.81 ff; Hueck-Nipperdey, Bd. II, § 52 V, S.689ff; Nikisch, Betrieb 1962, S. 508, Galperin-Siebert, BetrVG, § 1 Anm. 40 ff, § 21 Anm. 1-3, § 21 Anm.2 -mit Nachw. - unentschieden BAG SAE 1961 Nr.2.
- (27a) Vgl. Erich Molitor, Festschrift für Herschel, S.105 ff; Dietz, BetrVG, § 1 Anm.15ff mit Nachw.; BVerwG NJW 1958, S.434.

Weimarer Reichsverfassung - die damaligen Betriebsvertretungen als Bestandteil der geplanten öffentlich-rechtlichen Sozialverfassung und damit als Staatsorgane im weitesten Sinne aufgefaßt werden konnten (28). Diese Gesichtspunkte trafen aber schon nicht mehr bei Erlass des Betriebsrätegesetzes des Kontrollrates - Gesetz Nr. 22 - zu (29); denn das Gesetz sprach nur von den sozialen Interessen der AN und übertrug den zu bildenden Betriebsräten keine öffentlich-rechtlichen Funktionen. Von dieser, allerdings nicht unbestrittenen, Grundeinstellung geht auch das geltende BetrVerfG aus. Gehört aber das Organ der Betriebsverfassung, der Betriebsrat, der privaten Rechtssphäre an, dann trifft das auch für den einzelnen AN-Vertreter und für die sich aus diesem Amt ergebenden Rechte und Pflichten zu. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß, wie Reitmeier meint, das Betriebsratsmitglied nicht eigene, sondern fremde Rechte (30) - Träger der Beteiligungsrechte sind die in eigenständiger betriebsverfassungsrechtlicher Rechts- und Pflichtengemeinschaft verbundenen AN (31) - wahrnimmt. Sicherlich übt ein AN-Vertreter im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft primär keine eigenen Rechte aus. Dennoch erfüllt er keine öffentlich-rechtlichen Pflichten. Auch der von Reitmeier gegebene Hinweis auf die in § 78 Abs. 1 Buchst. b BetrVG enthaltenen strafrechtlichen Sanktionen geht fehl. Aus dem Vorhandensein von Strafrechtsnormen läßt sich nicht zwingend auf die Rechtsnatur eines Rechts oder einer Pflicht schließen. So beinhaltet beispielsweise § 82 Abs. 1 HGB - ähnlich

(28) Galperin-Siebert, Betr.VG, vor § 1 Anm. 40.

(29) Galperin-Siebert, Betr.VG, vor § 1 Anm. 41 - a.A. BVerwG NJW 1958, S. 433 f.

(30) So auch Hueck-Nipperdey II, § 52 IV 3; Neumann-Duesberg, S. 233; Galperin-Siebert, BetrVG, vor § 21 Anm. 6.

(31) Neumann-Duesberg, a.a.O.

§ 148 Abs. 1 Ziff. 9 GewO, § 111 Abs. 2 Ziff. 1 - für den Fall, daß die dem Lehrling gegenüber obliegende Ausbildungspflicht des § 76 Abs. 2 HGB - ähnlich § 127 GewO, § 22 Abs. 1 HandwO - verletzt worden ist, eine strafrechtliche Sanktion, ohne daß deshalb die Ausbildungspflicht öffentlich-rechtlichen Charakter hätte.

Auch gegen den Versuch, einen Beschäftigungsanspruch zugunsten der Arbeitnehmervertreter unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag zu begründen (32), müssen Einwendungen geltend gemacht werden. Zunächst erscheint schon das Konstruktionsschema einer stillschweigenden Vereinbarung - wie anders sollte man die Ausführungen des IAG Frankfurt/M in seinem Urteil vom 27. Juni 1949 (32) auffassen? - aus den weiter unten darzulegenden Gründen (33) wenig überzeugend. Das gilt umsomehr, als der AN in der Regel erst nach Abschluß des Arbeitsvertrages in den Betriebsrat gewählt wird, nach herrschender Ansicht die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung aber voraussetzt, daß dem AG das besondere Beschäftigungsinteresse des AN bei Abschluß des Vertrages bekannt sein muß. Allerdings steht es den Parteien frei, auch während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses abändernde ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen zu treffen. Dagegen dürfte es wohl nicht ausschlaggebend darauf ankommen (34), daß das Mitglied des Betriebsrates keine eigenen, persönlichen, sondern fremde, die gesamte Arbeitnehmerschaft betreffende Interessen, bei der Ausübung seines Amtes wahrzunehmen hat. Berücksichtigt man nämlich, daß die Wahl in die Betriebsvertretung für den gewählten AN Ausdruck des in ihn gesetzten Vertrauens ist, dann wird man wohl ein, wenn auch nur mittelbares Interesse des AN-Vertreters als ausreichend anerkennen können, den unmittelbaren Kontakt zu seinen Ar-

(32) IAG Frankfurt/M, BB 1949, S.692.

(33) Siehe S.94ff.

(34) A.A. Reitmeier, S. 134.

beitskollegen am Arbeitsplatz zu pflegen, um sich auch auf diese Weise das einmal entgegengebrachte Vertrauen zu erhalten. Das gewichtigste Argument gegen eine unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag fließende Beschäftigungspflicht ist aber in dem Umstand zu sehen, daß das Amt des Betriebsrates auf den AN durch die Arbeitnehmerschaft, nicht aber durch den AG, gelegentlich sogar gegen dessen Willen, übertragen wird. Im Ergebnis bleibt mithin allein wegen der Eigenschaft des AN als Mitglied des Betriebsrates für einen arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch kein Raum.

Schließlich kann auch in aller Regel aus dem Störungs- und Behinderungsverbot des § 53 Abs. 1 BetrVG eine Beschäftigungspflicht nicht überzeugend abgeleitet werden (35). § 53 Abs. 1 BetrVG verkörpert den überkommenen (36), auf § 95 BRG und § 139 RVO zurückgehenden Grundsatz, daß der Betriebsrat und selbstverständlich auch dessen Mitglieder in der Ausübung des Amtes nicht gestört oder behindert werden dürfen. Wie die Entstehungsgeschichte, der Normenzweck und die zu § 53 Abs. 1 in der Literatur (37) weitgehend übereinstimmend aufgeführten typischen Beispiele zeigen, gewährleistet die genannte Bestimmung die ungestörte Erfüllung der spezifischen, sich aus dem BetrVG selbst ergebenden Aufgaben im funktionellen Sinne. So darf beispielsweise der AG nicht in die Geschäftsführung der Betriebsvertretung eingreifen, nicht die Betriebsratsmitglieder am Betreten der Betriebsräume hindern, nicht die

-
- (35) Im Ergebnis ebenso E. Molitor, Anm. zu AP 51 Nr. 40, 177/78; ders., Rcht auf Arbeit, S. 732; ders., PersVG, § 59 Anm. 10; B. Molitor, S. 49f; Hacker, S. 52f; Hedderich, S. 68; Röhsler, Betrieb 1958, S. 1464 Anm. 24; LAG Frankfurt/M. AP 52 Nr. 102.
- (36) So Ausschlußbericht zum BetrVG, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3585, S. 10.
- (37) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG. § 53 Anm. 5; Galperin-Siebert, BetrVG, § 53 Anm. 5.

Abhaltung von Betriebsversammlungen verbieten, sich nicht weigern, die erforderlichen Räume für Sitzungen, für die Abhaltung von Sprechstunden oder für die laufende Geschäftsführung (39 Abs. 2 BetrVG) zur Verfügung zu stellen. Der so umschriebene nach außen gerichtete Schutz umfaßt nicht nur die Befugnis, daß sich der Betriebsratsangehörige im Betrieb aufhalten darf, sondern auch das Recht, jederzeit mit den Arbeitskollegen in unmittelbare Verbindung zu treten, um den für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Kontakt zu der Belegschaft aufrechtzuerhalten und um sich über die besonderen betrieblichen Verhältnisse an Ort und Stelle zu informieren (38). Wie das LAG Frankfurt/M. in seinem Urteil vom 16. Januar 1952 (39) hervorhebt, kann keineswegs allgemein davon gesprochen werden, daß der Betriebsrat seine Aufgaben nur dann erfüllen könne, wenn er sich in dem Betrieb aktiv an seinem Arbeitsplatz betätigt. Auch das Arbeitsgericht Hannover (40) hat in einem Beschluß vom 15. Januar 1948 entsprechend dem Antrag des Klägers diesem nur ein Recht auf Zutritt zum Betrieb des AG zuerkannt. Im übrigen zeigen die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle (41), daß es den betreffenden AN in der Regel auch nicht um ihre tatsächliche Beschäftigung, sondern um das Fortbestehen des gekündigten Arbeitsverhältnisses und um Vergütungsansprüche geht.

Für die oben vertretene Auffassung spricht auch § 37 Abs. 3 BetrVG. Danach ist der AG erforderlichenfalls sogar verpflichtet, den AN von seiner Arbeit ganz oder teilweise zu befreien, um die Betriebsratsgeschäfte in vollem

(38) Vgl. auch LAG Hessen ARSt Bd.III Nr.438; Hacker, S.53.

(39) AP 52 Nr. 102.

(40) BB 1949, S.424.

(41) LG Stolp RArbBl 1922, S.267, 293; LAG Frankfurt/M AP 52 Nr. 102; LAG Bremen, AP 51 Nr. 40; ArbG Bremen BB 1949, S.424.

Umfang erledigen zu können (42). Würde der AG in diesem Falle den AN weiterbeschäftigen, dann wäre gewiß § 53 Abs. 1 BetrVG verletzt. Wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß der Gesetzgeber von der Amtsausübung des Betriebsratsmitgliedes bei gleichzeitiger Beschäftigung am Arbeitsplatz als dem Normalfall des Arbeitslebens ausgegangen ist, so macht doch aber die Regelung des § 37 Abs. 3 BetrVG, die Praxis in den Großbetrieben berücksichtigend, deutlich, daß ohne die Freistellung des AN die Erfüllung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben in Frage gestellt sein kann. Wenn nun Schniedermann (43) den eben erwähnten Umstand zum Anlaß nimmt, der eine Beschäftigungspflicht ablehnenden Meinung entgegenzuhalten, sie zöge einen Ausnahmefall zur Begründung des Regelfalles heran, so überzeugt dieser Einwand nicht; denn selbst wenn § 37 Abs. 3 BetrVG die Freistellungspflicht nicht normiert hätte, ließe sich die ablehnende Haltung rechtfertigen, weil § 53 Abs. 1 BetrVG nur die Handlungs-, Entscheidungs- und Bewegungsfreiheit des AN als Mitglied des Betriebsrates innerhalb der betrieblichen Sphäre schützen will und, wie dargelegt, zu schützen braucht. Daß jede Nichtbeschäftigung a priori die Amtsausübung des Betriebsrates stört oder behindert, kann deshalb nicht gesagt werden. Das wird im Gegenteil nur ganz ausnahmsweise der Fall sein (44), so wenn beispielsweise die Arbeits-

(42) Darauf weisen auch hin: E.Molitor, Recht auf Arbeit, S.732; B.Molitor, S.49; Hacker, S.53; Reitmeier, S.136; Hedderich, S.68; LAG Frankfurt/M. AP 52 Nr. 102.

(43) S. 23.

(44) Vgl. auch LAG Frankfurt/M. AP 52 Nr. 102 - zu weitgehend Reitmeier, S.136 "...daß in vielen Fällen die Nichtbeschäftigung von Betriebsratsmitgliedern ihre Amtsausübung im Sinne des § 53 Abs. 1 BetrVG beeinträchtigt", auch Red. des BB in: BB 1949, 424: "in der Regel".

kollegen die Freistellung des Betriebsratsangehörigen als eine ungerechtfertigte aus der Amtsträgerschaft herrührende Bevorzugung empfinden und dadurch das für die Amtsausübung erforderliche gegenseitige Vertrauen Schaden erleidet; dagegen nicht, wenn die Möglichkeit besteht, daß die Beschäftigungsverweigerung gegenüber einem Betriebsratsmitglied als Abwertung des AG in Bezug auf die persönliche oder arbeitstechnische Wertschätzung des AN aufgefaßt würde (45), denn eine solche "Diskriminierung" kann jedem AN widerfahren.

IV. Schwerbeschädigte

Der zweite Abschnitt des Schwerbeschädigtengesetzes vom 16. Juli 1953 trägt die Überschrift: "Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber". Auch an anderen Stellen des Gesetzes findet verschiedentlich der Begriff der Beschäftigungspflicht Verwendung. So regelt § 3 den Umfang der "Beschäftigungspflicht", § 7 die Erfüllung derselben durch besondere Leistungen, § 9 die Entrichtung der Ausgleichsabgabe, wenn der AG seiner "Beschäftigungspflicht" nicht genügt, § 12 Abs. 1 in welcher Weise der AN zu beschäftigen ist, § 32 Abs. 1 spricht von der bevorzugten Einstellung und Beschäftigung und nach § 39 Abs. 1 Buchst. c begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer sich der "Pflicht zur Beschäftigung" von Schwerbeschädigten beharrlich entzieht.

Wollte man die genannten gesetzlichen Bestimmungen nur dem Wortsinn nach interpretieren, dann müßte man wohl auf Grund der eben angeführten Textstellen zu dem Ergebnis gelangen, daß der Gesetzgeber dem Schwerbeschädigten einen Beschäftigungsanspruch kraft Gesetzes zuerkannt habe. Ein solcher Schluß wäre aber voreilig; denn wie im einzelnen zu zeigen sein wird, kann der Begriff der Beschäftigungspflicht - auch innerhalb desselben Gesetzes - von unterschiedlichem Gehalt sein, einmal sich auf die bloße Ein-

(45) A.A. Reitmeier, S. 136.

stellungspflicht beziehen, zum anderen auf die Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinne und letztlich auf beide Pflichten zusammen. Die objektive Mehrdeutigkeit des in SchwebG verwendeten Begriffs der Beschäftigungspflicht ist zu einem guten Teil dafür ursächlich, daß auch heute im Schrifttum und in der Rechtsprechung die Frage, ob dem Schwerbeschädigten ein gesetzlicher Beschäftigungsanspruch zusteht, nicht einheitlich beantwortet wird.

Da das SchwebG von 1953 bewußt an den Entwicklungsstand des Schwerbeschädigtenrechts der Weimarer Republik anknüpft (46), erscheint es unerläßlich, den damaligen Standpunkt zu diesem Fragenkreis in seinen Grundzügen darzustellen.

1. Vertretene Meinungen vor dem Erlaß des SchwebG von 1953

Obwohl das SchwebG von 1920/23 nur von der Verpflichtung des AG sprach, einen bestimmten Anteil der Arbeitsplätze mit Schwerbeschädigten "zu besetzen" (47), so erkannte man doch weitgehend, die Tendenz und die Terminologie (48) des Gesetzes berücksichtigend, einen privatrecht-

-
- (46) Begründung der Regierungsvorlage, Ziff. 21, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3430.
 - (47) Anders noch die Verordnung vom 9. Januar 1919-RGBI. 1919, S.28 -, deren § 1 alle Betriebe verpflichtete, auf je... mindestens einen Schwerbeschädigten "zu beschäftigen".
 - (48) Der Gesetzgeber verwendete sowohl den Ausdruck "einstellen" als auch "beschäftigen", teilweise sogar nebeneinander - vgl. §§ 2, 7, 13 Abs. 3, 14, 17 einerseits, die §§ 12 Abs. 2, 15 Abs. 1, insbes. 11 Abs. 1, und § 1 AusfVO vom 13. Februar 1924 andererseits -, so daß eine Vermutung, jedenfalls bei Interpretation nach dem Wortsinn, für die Anerkennung der eigentlichen Beschäftigungspflicht sprach.

lichen Beschäftigungsanspruch an (49). Dabei wurde auf folgendes hingewiesen: Durch die Einstellung in den Betrieb werde nur die materielle Existenz des Schwerbeschädigten gesichert, werde der Schwerbeschädigte nur der Sorge um "sein tägliches Brot" enthoben. Das Gesetz habe dem Schwerbeschädigten aber einen weitergehenden Schutz einräumen wollen, der Schwerbeschädigte sollte vor allem die Möglichkeit erhalten - besonders betont wurde in diesem Zusammenhang § 11 Abs. 1 -, sich durch tatsächliche Beschäftigung wieder in den normalen Arbeitsprozeß einzuordnen, die ihm verbliebene Arbeitskraft auszunutzen und nicht verkümmern zu lassen. Letztthin diene die wirkliche Beschäftigung auch der Schicksalsbewältigung. Diesen eine Beschäftigungspflicht anerkennenden Standpunkt teilte auch das Reichsarbeitsministerium (50). Es wies darauf hin, daß der AG seinen Verpflichtungen aus dem SchwerbG nicht bereits dadurch genüge, daß er Lohn zahle, sondern daß die Schwerbeschädigten ihrer Arbeitskraft entsprechend zu den im Betrieb zu leistenden Verrichtungen auch herangezogen werden müßten (51). Demgegenüber lehnten ein Teil der Lehre (52) und ganz über-

-
- (49) Schneider, SchwerbG, § 1 Anm.7, § 11 Anm.4; Richter, SchwerbG, § 1 Anm.6; Kaskel S.106, 157; Mebes, SchwerbG, S.17f; Fülling, S.12, 52f; Sinzheimer, S.147; Franke, NZfA 1925, Sp.646; ders., GewKfmG 28, Bd., Sp.143; Somborn, S.10 Anm. 28; Stolzenburg, S.12; Stewens, S.19, 21f; Vollmer, S.99ff - GewG Nürnberg in: 41.Sonderheft zum RArbBl., S.38.
- (50) Bescheid vom 28.Juli 1921, RArbBl. 1921, Nr.25, S.876.
- (51) Anders Schniedermann, S.21 Anm.44, der meint, der Bescheid habe nur die Art und Weise des Arbeitsverhältnisses geregelt, aber keine Beschäftigungspflicht begründet. Der Bescheid konnte und wollte gar keine Beschäftigungspflicht "begründen". Vielmehr stellt der Bescheid nur eine Meinungsäußerung zu der strittigen Frage dar.
- (52) Staudinger-Nipperdey, 9.Aufl., § 611 Anm.IX 2c; Hueck-Nipperdey I,3/5.Aufl., S.172, 256; Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S.215 Anm.2; Knaak, SchwerbG, § 1 Anm.V2; Goerrig, SchlW 1923, Sp.22; Kopacz, S.13f; Wilke, S.12.

wiegend die Rechtsprechung (53), eine privatrechtliche Beschäftigungspflicht zugunsten des Schwerbeschädigten ab, weil das Gesetz nur ein öffentlich-rechtliches Einstellungsgebot enthalten habe, dem der AG bereits dadurch nachgekommen sei, daß er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, auf Grund dessen der Schwerbeschädigte seinen Lohn erhalte.

2. Rechtslage seit dem Inkrafttreten des Schwerbeschädigtengesetzes von 1953

Als 1953 das jetzt geltende SchwerbG in Kraft trat, lebte die alte Streitfrage nach der Beschäftigungspflicht des AG erneut auf.

Zwar gingen bei den vor- und parlamentarischen Beratungen die Ansichten über den Hauptzweck des Gesetzes auseinander (54), aber immerhin bestand insofern weitgehend Einigkeit, als der Schwerbeschädigte durch die Zuweisung eines seiner Leistungsfähigkeit entsprechenden Arbeitsplatzes die Möglichkeit erhalten soll, die ihm verbliebene Arbeitskraft sinnvoll zu verwerten.

Der Erreichung dieses Zieles dient zunächst die Normierung der arbeitsrechtlichen Einstellungsspflicht, deren Erfüllung die materielle Existenz des Schwerbeschädigten

-
- (53) RAG ARS 6, S.618; RGStr 64, S.193 (199f); LAG Duisburg NZfA 1928, Sp.124; vgl. auch RAG 2, S.13 (nur öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht); a.A. RAG ARS 20, S.8 (10 f); LAG Leipzig DJ 1938, S.1076.
- (54) Einerseits wurde der Fürsorgecharakter des Gesetzes betont - Denkschrift der Hauptfürsorgestellen, III, S.29/30; Stellungnahme des Reichsbundes der Kriegs- und Zivilbeschädigten, zitiert bei Dauhs-Hein III 44ff; Ausschlußbericht zum Gesetzentwurf, Deutscher Bundestag, 1.Wahlperiode, Drucksache Nr.4292 Ziff.4; vgl. insbes. BAG 2, S.121 ff. Andererseits stand der Gedanke der wirtschaftlichen Eingliederung in der Form der Arbeitsvermittlung im Vordergrund - Begründung der Regierungsvorlage, Deutscher Bundestag, 1.Wahlperiode, Drucksache Nr.3430; Bundesanzeiger Nr.194/1952, S.6; Stellungnahme der Bundesvereinigung der Dt.Arbeitgeberverbände, zitiert bei Dauhs-Hein, III 135 Ziff.3ff.

sichert. Wenn deshalb der Gesetzgeber in den §§ 3, 4, 5, 7, 9, 35 Abs. 1 und 39 Abs. 1 Buchst. c von der "Beschäftigungspflicht" des AG spricht, dann kann unter Beachtung des Sachzusammenhanges darunter nur die Pflicht zur Einstellung verstanden werden (55). Das wird augenfällig, wenn man den Sinngehalt der §§ 7 und 9, die teilweise auf die §§ 3ff verweisen, untersucht. Nach § 7 kann der AG seine "Beschäftigungspflicht" durch die Überlassung einer Kleinsiedlung, eines Eigenheimes, einer geeigneten Wohnung oder durch die Gewährung sonstiger Leistungen erfüllen, wenn damit die Sicherung der Existenz des Schwerbeschädigten verbunden ist. Hier kann die "Beschäftigungspflicht" sinnvollerweise nur mit der Einstellungspflicht identisch sein; denn daß der eingestellte, aber nicht beschäftigte AN noch einer Existenzsicherung bedarf, ist nicht anzunehmen. Auch § 9, der die Ausgleichsabgabe betrifft, die sowohl den AG zur Erfüllung seiner "Beschäftigungspflicht" anhalten als auch der Schaffung neuer Arbeitsplätze dienen soll, geht von der Pflicht zur Einstellung aus (56). Ein weiteres Argument für die hier vertretene Auffassung liefert § 10, der für den Fall, daß der AG seiner "Beschäftigungspflicht" nicht nachgekommen ist, die "Zwangseinstellung" regelt, findet doch an dieser Stelle des Gesetzes der Terminus "einstellen" ausdrücklich Verwendung.

Zusammenfassend ist deshalb zu bemerken, daß in den bisher angeführten Textstellen unter einer Beschäftigungspflicht die Pflicht zur Einstellung des Schwerbeschädigten in Gestalt einer Vertragsabschlußpflicht zu verstehen ist

-
- (55) Ebenso Nikisch I, S.204 Anm. 17; Zigan, SchwebG, § 3 Anm. 17; Gröninger, SchwebG, § 3 Anm. 2 u. 3; Reitmeier, S.130; Hedderich, S.64; Schniedermann, S.20.
(56) Rohwer-Kahlmann, SchwebG, § 9 Anm. 14; Rewolle, SchwebG, § 9 Anm. II 2.

(57) (58). An diesem Ergebnis vermögen weder die Vermutung, daß dem Gesetzgeber bei Erlass des SchwebG von 1953 der Streit um den Inhalt des Begriffs der Beschäftigungspflicht im Sinne des Schwerbeschädigtenrechts bekannt gewesen sein muß, noch die Tatsache, daß der noch im SchwebG von 1920/23 gebrauchte Begriff der Besetzungspflicht ersetzt worden ist, etwas zu ändern. Ohne Zweifel wäre es sachdienlicher gewesen, wenn sich der Gesetzgeber in den §§ 3ff eines eindeutigen Begriffes, wie es der der Einstellung ist, bedient hätte.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß das Schwerbeschädigtengesetz nicht nur der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Schwerbeschädigten dient - dieses Ziel hätte gegebenenfalls auch durch die Gewährung einer Rente erreicht werden können -, sondern auch und vor allem der Erlangung, Wiedererlangung, Besserung und Erhaltung der beruflichen Leistungsfähigkeit, ganz abgesehen von den damit verbundenen psychologischen Wirkungen. Der Schwerbeschädigte soll befähigt werden, sich am Arbeitsplatz und im Wettbewerb mit seinen anderen Arbeitskollegen zu behaupten (59). Der schwerbeschädigte

-
- (57) Zu diesem Ergebnis kommt anscheinend auch Becker, SchwebG, 2. Aufl., § 3 Anm. 3; denn hieß es noch in seiner 1. Aufl., daß sich der Gesetzgeber (in § 3) zu einem Beschäftigungsanspruch bekannt habe und daß dieser Wille in der Formulierung des Gesetzes - in bewußter Abweichung von der früheren Gesetzessprache -, so besonders in der Überschrift des 2. Abschnittes und in § 3 Abs. 1, zum Ausdruck gekommen sei, so hat Becker diese Ausführungen in seiner 2. Aufl. ganz weggelassen.
- (58) Anders zu § 3: Sellmann-Evermann, SchwebG, vor § 3 Anm. 3; Monjau, SchwebG, § 3 Anm. 1; Wilrodt-Gotzen, SchwebG, § 3 Anm. 8 (anders aber Wilrodt-Neumann a.a./.); Leydhecker, § 3 Anm. ; Hedderich, S. 65 f.
- (59) Vgl. auch § 26 Abs. 1 und 3 des BundesVersG.

AN will nicht nur als Unterstützungsempfänger behandelt werden, sondern er strebt auch danach, von der Gemeinschaft als wertschaffendes Glied anerkannt zu werden. Einen sichtbaren Ausdruck finden diese Vorstellungen und Beweggründe in § 12 Abs. 1 des SchwerbG. Danach hat der AG den Schwerbeschädigten so zu beschäftigen, daß er seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln kann. Aus dieser Vorschrift läßt sich ein privatrechtlicher Beschäftigungsanspruch unmittelbar herleiten (60). Dagegen vermag die Ansicht, daß § 12 Abs. 1 nur ausspreche, in welcher Weise der Schwerbeschädigte zu beschäftigen sei, wenn und soweit er überhaupt beschäftigt wird (61), nicht zu überzeugen. Es wäre wenig sinnvoll und erschiene auch angesichts der zu unterstellenden Kenntnis des Gesetzgebers um die Problematik der Beschäftigungspflicht zugunsten des Schwerbeschädigten wenig wahrscheinlich, dem AG nur hinsichtlich des "Wie" besondere Pflichten aufzuerlegen, ihm aber in Bezug auf das "Ob" der Beschäftigung einen gesetzlichen freien Entscheidungsraum zu belassen. Deshalb wird man § 12 Abs.1 nur so auslegen können, daß er auch die Pflicht zu tatsächlicher Beschäftigung umfaßt; denn das Interesse des Schwer-

-
- (60) Im Ergebnis so auch BAG 13, S.109 ff =NJW 1962, S.1836ff = ArbR-Blattei, Schwerb, Entsch.12, mit ablehnender Anm. von Nikisch; BAG NJW 1965, S.652; VGH Bayern BB 1955, S.479; LAG Düsseldorf BB 1959, S.1249; LAG Berlin Betrieb 1963, 312 = WA 1963, S.41 = ARSt Bd.XXIX Nr.132; Becker, SchwerbG, Vorb.S.111 § 3 Anm.3 und § 12; Monjau, SchwerbG, § 12 Anm. 1 u. Nachtrag (1962), § 12 Anm. 2; Rohwer-Kahlmann, SchwerbG, vor § 3 Vorb. 17, § 12 Anm.II; Rewolle, SchwerbG, § 12 Anm.II2; Hueck-Nipperdey I, S.774; Staudinger-Weber BGB, § 242 Anm. A 488 Fußnote **; Palandt-Gramm, Anm.§ 611 Anm. 3 e; Hedderich, S. 65; Sternberg, S. 31.
- (61) So Zigan, SchwerbG, § 12 Anm. 2; Gröninger, SchwerbG, § 12 Anm. 1; Sellmann-Evermann, SchwerbG § 12 Anm. 1 Reitmeier, S. 131; Schniedermann, S. 20; ArbG Bremen Betrieb 1955, S.923; ArbG Hamm BB 1956, S.1106.

beschädigten konzentriert sich in erster Linie auf eine Betätigungsmöglichkeit überhaupt und dann erst auf die Berücksichtigung der Fähigkeiten und Kenntnisse im Rahmen seiner Beschäftigung. Wenn Reitmeier (62) seine ablehnende Haltung damit begründet, daß es unverständlich wäre, wenn einem Schwerbeschädigten, der auf Grund des Schwerbeschädigtengesetzes eingestellt worden sei, unter allen Umständen ein (gesetzlicher) Beschäftigungsanspruch zustünde, während bei AN, deren Beschädigung nach ärztlicher Feststellung den kaum je sicher zu ermittelnden Grad der Erwerbsminderung nur um ein geringes unterschreitet, die Rechtslage nach den allgemeinen Arbeitsvertragsregeln zu entscheiden wäre, so überzeugt das nicht. Es kann für die Interpretation des § 12 Abs. 1 nicht maßgebend darauf ankommen, daß es neben dem durch das SchwerbG geschützten Personenkreis AN mit ähnlicher, wenn auch geringerer Erwerbsminderung gibt, für die bisher ein dem SchwerbG entsprechender gesetzlicher Schutz fehlt.

Schließlich läßt sich zur Erhärtung der hier vertretenen Ansicht noch § 32 Abs. 1 heranziehen, der ausdrücklich von der Verpflichtung zur Einstellung und Beschäftigung des Schwerbeschädigten spricht.

Verschiedentlich wird, teilweise unter Hinweis auf die §§ 21 Abs. 2, 39 Abs. 1 Buchst. c SchwerbG, die Auffassung vertreten, dem Schwerbeschädigten stehe nach § 12 Abs. 1 nur ein öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsanspruch zu (63) (64), weil den Hauptfürsorgestellen die

(62) S. 133.

(63) Rewolle, SchwerbG, § 3 Anm. 11 (anders ab 5. Aufl.); Wilrodt-Gotzen, SchwerbG, § 12 Anm. 11 (anders ab 2. Aufl.); ArbG Hamm BB 1956, S. 1106 unter Berufung auf Zigan, SchwerbG, § 12 Anm. 2f, mit ablehnender Anmerkung von Frey, AuR 1957, 219; ArbG Bremen Betrieb 1955, S. 923.

(64) Ob dem Schwerbeschädigten darüber hinaus neben einem privatrechtlichen noch ein öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsanspruch zusteht, muß im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben.

Durchführung von Maßnahmen zur Wiederherstellung und Erhaltung der Arbeitskraft sowie ihnen und der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung die Fürsorge am Arbeitsplatz obliege. Neuerdings verneint auch Nikisch (65) den privatrechtlichen Charakter der Beschäftigungspflicht nach § 12 Abs. 1 SchwebG. Seiner Ansicht nach stellt § 12 Abs. 1 nur eine Ergänzung der in § 3 normierten öffentlich-rechtlichen Einstellungspflicht dar. Überdies, so führt Nikisch weiter aus, könne das Gesetz nicht den Inhalt des Arbeitsvertrages bestimmen und gestalten.

Ogleich die Durchführung des Gesetzes einschließlich der Fürsorge am Arbeitsplatz den im 5. Abschnitt des Gesetzes genannten Behörden übertragen worden ist, folgt daraus nicht zwingend, daß deshalb dem Schwerbeschädigten ein privatrechtlicher Anspruch nicht zusteht (66). Gewiß werden die Behörden auch im wohlverstandenen Interesse des Schwerbeschädigten tätig. Und das mit gutem Grund; denn erfahrungsgemäß sind die am Arbeitsverhältnis unbeteiligten Behörden auf Grund ihrer Sachkenntnis und "Autorität" weit besser in der Lage, einen wirksamen Einfluß auf den AG auszuüben, als in aller Regel der einzelne AN. Eine Schmälerung der Rechtsposition des Schwerbeschädigten ist damit vom Gesetzgeber aber nicht beabsichtigt worden. Das Schutzbedürfnis des schwerbeschädigten AN ist hinsichtlich der Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses durchaus verschieden. Ist das Arbeitsverhältnis einmal begründet, dann muß der AN in der Lage sein, die gesetzlich anerkannte Beschäftigungspflicht auch gegenüber dem AG im Klagewege durchzu-

(65) ArbR-Blattei, Schweb., Anm. zu Entscheidung 12 (anders noch Nikisch I, S.513).

(66) Vgl. auch BAG 13, S.112.

setzen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Schwerbeschädigte allein auf die Hilfe der Behörde angewiesen sein soll. Damit ist nicht gesagt, daß die Beschäftigungspflicht aus § 12 Abs. 1 SchwebG zum Vertragsinhalt wird, sondern nur, daß die Rechtsfolgen privatrechtlicher Natur sind, und zwar weil und soweit ein Vertragsverhältnis besteht.

Endlich steht § 39 Abs. 1 Buchst. c einem privatrechtlichen Anspruch nicht entgegen. Zunächst muß bemerkt werden, daß die Vorschrift ausdrücklich auf die §§ 3 und 4 des SchwebG verweist. Wie dargelegt, betreffen die §§ 3 und 4 aber nur die Einstellungs-, nicht aber die Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinne, und da § 12 Abs. 1 in § 39 Abs. 1 Buchst. c nicht mit aufgeführt worden ist, kann die Nichterfüllung der sich aus § 12 Abs. 1 ergebenden Pflichten auch nicht unter diese Vorschrift fallen (67). Aber selbst wenn man sich der Auffassung anschließen wollte, daß der Begriff der Beschäftigungspflicht im Sinne der §§ 3 ff sowohl die Einstellungs- als auch die Beschäftigungspflicht im eigentlichen Sinne umfasse, wäre das Ergebnis nicht anders. Sicherlich hat die Allgemeinheit an der Einstellung (bzw. Beschäftigung) ein erhebliches Interesse, das ja darin zum Ausdruck kommt, daß dessen Nichtbeachtung als Ordnungswidrigkeit geahndet werden soll. Aber Gesamt- und Einzelinteresse schließen einander nicht aus, jedenfalls nicht bei der hier gegebenen Interessenlage. So wie § 21 schützt auch § 39 Abs. 1 Buchst. c mindestens mittelbar die Interessen des Schwerbeschädigten.

Im Ergebnis ist deshalb festzustellen, daß sich ein privatrechtlicher Beschäftigungsanspruch aus dem Sinn und Zweck

(67) Ebenso Becker, SchwebG, § 39 Anm. 9; Gröninger, SchwebG, § 39 Anm. 2; Sellmann-Evermann, SchwebG, § 37 Anm. 14 (jetzt § 39) - a.A. Wilrodt-Gotzen, SchwebG, § 37 Anm. 25 (jetzt § 39), § 3 Anm. 13; Rohwer-Kahlmann, SchwebG, vo § 3 Vorb. 7.

des SchwebG in Zusammenhang mit den §§ 12 Abs. 1 und 32 Abs. 1 begründen läßt und nicht nur aus dem Arbeitsvertrag kraft stillschweigender Vereinbarung (68).

V. Bergmann

Der bergmännische Beruf bringt es mit sich, daß der Bergmann, insbesondere bei Untertagearbeit, früher als andere AN seine Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr völliger oder teilweise vorzeitiger Invalidität auszuüben vermag. Unbeschadet der knappschaftlichen Sozialversicherung bedarf deshalb der Bergmann insoweit eines besonderen Schutzes. Dem haben die Länder Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen sowie das Saarland durch den Erlaß von entsprechenden Gesetzen über einen Bergmannsversorgungsschein Rechnung getragen (69) (70). Wohl die bedeutendste vom Landes-Gesetzgeber bezweckte Hilfe für den unter Tage arbeitenden, auf die Dauer nicht mehr arbeitsfähigen Bergmann, der im Besitz eines Bergmannsversorgungsscheines ist, besteht in der Verschaffung eines anderen Arbeitsplatzes, gegebenenfalls außerhalb des Bergbaues. Zur Erreichung dieses Zieles sehen die genannten Gesetze im wesentlichen dieselben Maßnahmen wie das SchwebG von 1920/23 bzw. 1953

-
- (68) So aber Gröninger, SchwebG, § 3 Anm. 3; B. Molitor, S. 46 f; ArbG Freiburg BB 1950, S. 844.
- (69) Nordrhein-Westfalen: Gesetz vom 10. Juni 1948 i.d.F. vom 9. Januar 1958, GVBl 1948, S. 139 ff; 1958, S. 14 ff - Niedersachsen: Gesetz vom 6. Januar 1949, GVBl 1949, S. 15 - Saarland: Gesetz vom 11. Juli 1962, ABl. 1962, S. 605.
- (70) In Nordrhein-Westfalen waren für den Erlaß des Gesetzes aber auch wirtschaftliche Motive maßgeblich. Einerseits sollte dem empfindlichen Mangel an Bergleuten abgeholfen und damit das Zurückbleiben der Förderung verringert oder beseitigt, andererseits die Zahl der "unproduktiven" Arbeiter vermindert werden, vgl. Boldt, RdA 1956, S. 370 mit Nachw..

vor (71). Deshalb ergibt sich in gleicher Weise die Frage, ob diesen Gesetzen ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu entnehmen ist, oder ob der AG seinen gesetzlichen Pflichten bereits mit der Einstellung genügt.

Nach § 5 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Gesetzes hat jeder AG die für seinen Betrieb vorgeschriebene Anzahl von Inhabern eines Bergmannsversorgungsscheines "zu beschäftigen". An anderen Stellen des Gesetzes ist hingegen von der Besetzung oder Einstellungspflicht die Rede (72). Dennoch kann in diesem Zusammenhang "beschäftigen" nur mit "einstellen" gleichbedeutend sein (73). Dafür spricht die systematische Stellung der Norm, wenn man bedenkt, daß im selben Absatz des Paragraphen auf die Möglichkeit der Erfüllung der "Beschäftigungspflicht" durch besondere Leistungen hingewiesen und die Ausgleichs- abgabe geregelt worden ist. Weiterhin läßt sich die Formulierung "...vorgeschriebene Anzahl... zu beschäftigen ..." anführen. Hier liegt der Akzent allein auf der Anerkennung einer Pflichtquote. Schließlich folgt auch aus § 7 Abs. 2 der 1. DVO zum nordrhein-westfälischen Gesetz vom 12. Juli 1948 keine Pflicht zur Beschäftigung (74). Wenn gemäß dieser Vorschrift die Zentralstelle, bevor sie eine Verwendung des Bergmannes außerhalb des Bergbaues erwägt, zu prüfen hat, ob eine innerbetriebliche "Weiterbeschäftigung" möglich und zumutbar ist, dann

(71) So verweist § 1 des niedersächsischen Gesetzes ausdrücklich auf das SchwebG von 1920/23.

(72) Vgl. § 4 Abs. 1 einerseits und § 8 Abs. 3 andererseits.

(73) Anders Schmidt, Komm.z.nordrh.-westf.Gesetz, § 5 Anm. 10; Sternberg, S.33.

(74) Anders Sternberg S. 33 Anm. 13.

ist unter Weiterbeschäftigung ausschließlich das Arbeitsverhältnis in seinem rechtlichen Bestand und ohne Rücksicht auf Einzelrechte und -pflichten zu verstehen.

Berücksichtigt man hingegen die sozialpolitischen und fürsorgerischen Gesichtspunkte, die mit zum Erlaß der genannten Gesetze geführt haben, dann kann im Hinblick auf die - hier beispielhaft zu behandelnde - Vorschrift des § 6 Abs. 1 des nordrhein-westfälischen Gesetzes (75) den Inhabern eines Bergmannsversorgungsscheines ein Beschäftigungsanspruch gleichwohl nicht versagt werden (76). Ähnlich wie § 12 Abs. 1 des SchwebG von 1953 bestimmt § 6 Abs. 1, daß sich der AG innerhalb seiner Pflichtziffer um eine sinnvolle Beschäftigung der Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen zu bemühen und bei der Auswahl der Arbeitsplätze darauf Bedacht zu nehmen hat, daß die Arbeitsplätze ihrer Natur nach der Eignung des in Betracht kommenden Personenkreises entsprechen und Gelegenheit bieten, die vorhandenen Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll zu verwerten und weiterzuentwickeln. Erst die Gewährleistung der tatsächlichen Beschäftigung schafft die innere Gewißheit, ein vollwertiges Mitglied der menschlichen Gesellschaft zu bleiben und erleichtert das Ausscheiden aus dem bisher ausgeübten Beruf.

Mithin rechtfertigt sich der Schluß, daß § 6 Abs. 1, nicht dagegen § 5 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Gesetzes, dem AG gebietet, den Inhaber eines Bergmannsversorgungsscheines auch tatsächlich zu beschäftigen.

(75) Wörtlich damit übereinstimmend § 6 Abs. 1 des saarländischen Gesetzes.

(76) Ebenso Schmidt, Komm.z.nordrh.-westf.Gesetz, Anm. 10 zu § 5; Sternberg, S. 33, beide aber mit anderer Begründung.

VI. Akkordarbeiter und Arbeitnehmer auf Provisionsbasis

Gewerbliche Gesellen und Gehilfen können vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit ohne Aufkündigung die Arbeit verlassen, wenn der AG bei Stücklohn nicht für ausreichende Beschäftigung sorgt, § 124 Abs. 1 Ziff. 4 GewO.

Die Einräumung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes bei unzureichender Zuweisung von Akkordarbeit bezweckt nur den wirtschaftlichen Schutz des im Akkordlohn tätigen AN, der sich nicht mit dem praktisch oft schwierig durchzusetzenden und häufig zu Lohnstreitigkeiten führenden Rechtsbehelf des § 615 BGB soll begnügen müssen (77). Durch die außerordentliche Lösungsmöglichkeit seines Arbeitsvertrages wird der AN in die Lage versetzt, sich sofort eine andere, seine materielle Existenz sichernde Arbeitsstelle zu suchen. Somit kann § 124 Abs. 1 Ziff. 4 GewO ein Anspruch auf Beschäftigung, der mit einem Anspruch auf Abnahme des Arbeitsproduktes nicht identisch ist, nicht entnommen werden (78).

Des weiteren muß ein Beschäftigungsanspruch auch aus dem Wesen des Akkordvertrages verneint werden (79). Die Akkordvereinbarung bezieht sich allein auf die Art der Lohnberechnung. Dem Akkordarbeiter geht es insoweit nicht

(77) Jaerisch, S. 26 f.

(78) Ebenso Jaerisch, S. 26; Franke u. Wegner in: Kaskel, Akkordlohn, S.228, 232; Finkelstein, S. 41; Vollmer, S.45 f; Becker, S.22; Reitmeier, S. 81 - anders Daubitz, S. 64; Stolzenburg, S.10.

(79) So auch Hueck-Nipperdey I, S. 381 Anm. 6; Nikisch I, S. 513 Anm.6; ders., Iher-Jb. 80, S.95; Jaerisch, S. 24; Wölbling, Akkordvertrag, S. 133 ff; 144 ff; Kaskel-Dersch, 4. Aufl., S. 181 Anm.6; Oertmann, Arbeitslohn, S. 35f (ders. aber Arbeitsvertragsrecht, S.138); Dersch, Franke u. Wegner in: Kaskel, Akkordlohn, S.167, 220 ff, 231 (siehe aber Franke, NZfA 1925, Sp. 652); Stewens, S. 41 ff; Reitmeier, S. 80 f - a.A. Kaskel, 3. Aufl., S.157; Bewer, NZfA 1921, Sp.33; Lohwasser, S. 37, Anm. 3; Becker, S. 23, GewG Graz GewG 7, Sp.229; vgl. auch Sternberg, S.10. Dagegen hat sich Streckwald, S.43f, nicht für einen Beschäftigungsanspruch ausgesprochen. Seine Ausführungen beziehen sich

um die Beschäftigung um der Beschäftigung willen, sondern um die Erlangung eines möglichst hohen Lohnes. Das Beispiel des Akkordlohnes zeigt im übrigen besonders anschaulich, wie verfehlt es ist, den Beschäftigungsanspruch mit Lohnfragen zu verknüpfen. Obwohl beim Stücklohn regelmäßig die tatsächlich zugewiesenen, bearbeiteten und abgenommenen Akkordstücke die Berechnungsgrundlage für die Arbeitsvergütung bilden, deren Höhe maßgeblich von der Geschicklichkeit, Arbeitsintensität und Erfahrung des einzelnen AN abhängt, so läßt sich doch im Falle des Annahmeverzuges des AG die Vergütung auch ohne Beschäftigung ermitteln. Der AG muß dann den Arbeitslohn zahlen, den der AN im Falle der Zuweisung von Akkordarbeit verdient hätte (80). Es soll gewiß nicht verkannt werden, daß im Einzelfall die Feststellung der richtigen Vergütungshöhe mit Schwierigkeiten verbunden sein kann, etwa weil sie erheblichen Schwankungen unterliegt, oder weil für sie ein Vergleichsmaßstab noch nicht vorhanden ist. Diese Gesichtspunkte vermögen aber die Zuerkennung eines Beschäftigungsanspruches nicht zu rechtfertigen (81). Vielmehr läßt sich auch in derartigen Fällen die Höhe des Lohnes nach der durchschnittlichen Leistungsfähigkeit des betreffenden AN und, falls der AN noch nicht oder noch nicht lange genug im Akkord gearbeitet hat, nach dem Durchschnittsverdienst eines gleichwertigen AN errechnen (82). Der Gegenbeweis eines höheren oder geringeren Verdienstes bleibt

(79) Fortsetzung

nur auf die Ab- bzw. Annahme des fertigen Akkordstückes. Der AN ist bereits tätig gewesen. Deshalb sind die vielfachen Hinweise im Schrifttum - u.a. Bewer, NZfA 1921, Sp.33; Wegener, in:Kaskel, Akkordlohn, S.230; Nikisch I, S.513 -, der Autor habe eine Beschäftigungspflicht anerkannt, unrichtig.

(80) Hueck-Nipperdey I, S.323, 382 Anm.6; Nikisch I, S.513 Anm.6.

(81) Anders Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S.138.

(82) Ebenso Lotmar, Bd.II, S.698; Oertmann, BGB, § 615 Anm.3a; ders., Arbeitslohn, S.36; Jaerisch, S.25; SchliAusschuß Stuttgart, SchlW, 4.Jg., S.166.

selbstverständlich zulässig. Dagegen muß der Auffassung, der Berechnung sei der übliche Zeitlohn zugrunde zu legen (83), aus grundsätzlichen Erwägungen widersprochen werden; denn ein solcher Berechnungsmodus würde in aller Regel eine finanzielle Schlechterstellung bedeuten, die der AN nicht verschuldet hat.

Während auch Hedderich (84) dem Akkordarbeiter grundsätzlich einen Beschäftigungsanspruch nicht zubilligt, glaubt er aber bei Kellnern, Serviererinnen und ähnlichen AN, deren Verdienst im wesentlichen - selbst bei Vereinbarung eines Fixum - vom Bedienungsgeld und damit normalerweise vom effektiven Tätigsein abhängt, einen Beschäftigungsanspruch zwecks Sicherung des Verdienstes anerkennen zu müssen. Aber auch diese Fälle sind im oben erörterten Sinne zu behandeln. Gewichtige Unterschiede, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind weder von Hedderich dargetan worden noch sonst irgendwie ersichtlich. Das im Gastwirtsgewerbe meist übliche, in festen Prozenten berechnete Bedienungsgeld ist regelmäßig Bestandteil der vom AG geschuldeten Vergütung. Soweit jedoch der AN infolge der Nichtbeschäftigung keine Möglichkeit hat, Trinkgelder zu vereinnahmen, wird er in aller Regel einen Ersatz dafür nicht verlangen können, weil es sich um freiwillige Leistungen der Gäste handelt.

Wegen der bisher angeführten Gründe kann ebensowenig aus der Eigenart partiarischer Arbeitsverhältnisse auf eine Beschäftigungspflicht des AG geschlossen werden (85).

(83) So Wölbling, Soziale Praxis, 15.Jg., S.269, Nr.30.

(84) S. 82ff.

(85) Oertmann, BGB, § 611 Anm.2e; Crome, S.192f; Kopacz, S.39; Stewens, S.40; Wilke, S.27 (anders aber S.5); LAG Leipzig ARS 45, S.105 ff - a.A. Bewer, NZfA 1921, Sp.34; Lohwasser, S.37 Anm. 3.

Bei den auf den Gesamtjahresgewinn des Unternehmens bezogenen Beteiligungsverhältnissen läßt sich der Anteil des AN ohne Schwierigkeiten selbst bei unterbliebener Beschäftigung ermitteln, während in den Fällen, in denen der Leistungserfolg des einzelnen maßgebend ist, der durchschnittlichen Leistungsfähigkeit ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

Gleiches gilt für AN, die auf Provisionsbasis tätig sind (86). Befindet sich der AG im Annahmeverzug, dann schuldet er die mutmaßlich verdiente Provision. Auf den Umstand, daß der Provisionsvertreter unbedingt darauf angewiesen sei, die Verbindung mit "seinen" Kunden aufrechtzuerhalten, weil diese in vielen Fällen das Kapital des Provisionsreisenden darstellten, braucht der AG keine Rücksicht zu nehmen (87); denn bestimmungsgemäß dienen die Reisen in erster Linie dem geschäftlichen Vorteil des Prinzipals.

VII. Arbeitszeitordnung

Abgesehen davon, daß der Regelung der gesetzlichen Normalarbeitszeit in der AZO heute infolge vielfach zugunsten der Arbeitnehmerschaft abweichender tarifvertraglicher oder betrieblicher Vereinbarungen nicht mehr die Bedeutung wie bei dem Erlass des Gesetzes zukommt, läßt sich auch der AZO eine Verpflichtung des AG, den AN während der gesetzlichen Normalarbeitszeit tatsächlich

(86) Vgl. RAG 2, S.138 (140); Schmidt-Rimpler, S. 187 -a.A. Schlegelberg-Schröder, Anm. 87a zu § 59 HGB; Becker, S.21. Im Ergebnis auch schon RG JW 1899, S.230; KG DJZ 1899, Sp.460; KG (OLG Rechtspr.) Bd.2, S.311; OLG (Hamburg) Bd. 6, S.5; OLG (Darmstadt) Bd. 6, S.464; OLG (Celle) Bd. 6, S.465; OLG (Dresden) Bd. 7, S.148 f; KGBl 1908, S.39, die alle im wesentlichen aber nur einen Anspruch auf Ersatz der sonst verdienten, zu den vertragsmäßigen Einkünften gehörenden Reisespesen zubilligen.

(87) RAG ARS 3, S. 190 mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck = JW 1929, 212 mit zustimmender Anmerkung von Titze.

zu beschäftigen, nicht entnehmen (88). Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Bestimmungen über die Dauer der Arbeitszeit bezwecken den Schutz des einzelnen AN vor übermäßiger Inanspruchnahme seiner Arbeitskraft. Auch in unserem modernen Industriezeitalter sind die gesundheitlichen und volkswirtschaftlichen Gefahren übermäßiger Beanspruchung nicht geringer geworden; denn obgleich die körperliche Arbeit einerseits infolge des technischen Fortschritts leichter geworden ist, erfordert sie doch andererseits, da sie intensiver geworden ist, höhere Anspannungen als früher, die ihrerseits zu schnellerer Ermüdung und Abspannung führen. In diesem Lichte betrachtet, beschränken die §§ 3 ff AZO nur die zulässige Höchstdauer der Arbeitszeit. Soweit schließlich Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen diese tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit festlegen, wird diesen Vereinbarungen regelmäßig auch keine andere Bedeutung beizumessen sein.

VIII. Schiffsbesatzungen

Gemäß § 22 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juni 1895 (89) braucht der Schiffseigner den Schiffsmann nicht mehr anzunehmen, wenn dieser binnen 24 Stunden nach Abschluß des Dienstvertrages den Dienst nicht angetreten hat. Dem Sinn dieser Vorschrift entsprechend

(88) So auch Denecke, AZO, Anm. 3 zu § 3; Nikisch I, S.294 ff; Kauffmann, Betriebsverfassung 1958, S.165; Bührig BB 1956, S.963.

(89) RGBL 1895, S.301; entsprechend § 18 FlöBG vom 15. Juni 1895 - RGBL 1895, S.341; § 28 Abs. 2 SeemO von 1872 bzw. § 32 Abs. 2 SeemO von 1902. Das SeemG vom 26. Juli 1957 enthält eine derartige Bestimmung nicht mehr.

soll dem Schiffseigner die Möglichkeit eingeräumt werden, noch vor dem Dienstantritt des Schiffsmannes vom Vertrage zurückzutreten. Er soll in der Lage sein, sich rechtzeitig nach einem anderen Schiffsmann umzusehen, um nicht mit einer unvollständigen Mannschaft abfahren zu müssen (90). Zwar ließe sich aus dieser Bestimmung möglicherweise durch Umkehrschluß eine Pflicht zur Eingliederung - ähnlich der im damaligen Gesinderecht - begründen, keinesfalls ergibt sich aber aus § 22 BSchG eine Pflicht zur Beschäftigung. Dieses Ergebnis läßt sich vor allem im Hinblick auf die §§ 20 Abs. 6 und 25 Abs. 4 BSchG (91) rechtfertigen. Danach kann der Schiffer bzw. Schiffsmann unbeschadet von Entschädigungsansprüchen selbst dann, wenn ein die sofortige Entlassung begründender Umstand nicht vorhanden ist, jederzeit seines Dienstes enthoben werden. Aus dieser Regelung ergibt sich deutlich, daß das BSchG einen Beschäftigungsanspruch nicht nur nicht anerkennt, sondern einen solchen sogar ausschließt. Angesichts der damals ablehnenden Auffassung zum Beschäftigungsanspruch des AN überrascht eine derartige Vorschrift nicht. In der Begründung zum Entwurf des BSchG (92) heißt es denn auch, daß der Grundsatz der Befugnis zur jederzeitigen Dienstenthebung im Gesetz nur zum Ausdruck gebracht worden sei, um Mißverständnisse zu vermeiden.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang § 545 HGB in der Fassung des § 146 Abs. 2 des Seemannsgesetzes von 1957 anzuführen. Nach dieser Vorschrift kann der Reeder dem Kapitän während der Kündigungsfrist die Ausübung

(90) Begründung zum Entwurf des BSchG, Reichstagsdrucksache 1894/95 Nr. 81, S. 323.

(91) Entsprechend § 21 Abs. 3 FlöBG.

(92) Reichstags-Drucksache 1894/95 Nr. 81, S. 322.

seiner Befugnisse untersagen, während noch § 545 HGB a.F. dem Reeder ein Recht zur jederzeitigen Entlassung des Kapitäns einräumte.

Zieht man in Betracht, daß der Gesetzgeber die Befugnis zur Nichtbeschäftigung ausdrücklich auf den Zeitraum während der Kündigungsfrist beschränkt hat und geht man davon aus, daß ihm die einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch anerkennende Rechtsprechung und Literatur bekannt gewesen sein muß, dann liegt der Schluß nahe, daß jedenfalls dem ungekündigten Kapitän ein Beschäftigungsanspruch kraft Gesetzes zusteht. Eine andere Auslegung des § 545 HGB wäre unverständlich, zumal der Kapitän eines Seeschiffes wegen seiner umfassenden Ausbildung und Kenntnisse in die Gruppe der AN mit besonderem Beschäftigungsinteresse fällt, für die schon seit langem ein Beschäftigungsanspruch bejaht wird.

B Kollektivrechtliche Regelungen

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind besonders geeignet, dem AG eine Pflicht zu tatsächlicher Beschäftigung aufzuerlegen. Um so mehr überrascht zunächst die Feststellung, daß entsprechende Beschäftigungsklauseln nur vereinzelt in Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen aufgenommen worden sind. Daraus aber den Schluß zu ziehen, die Gewerkschaften wären an der Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs nicht interessiert (93), erscheint verfehlt. Einmal beweist die Existenz der in mehreren Tarifverträgen enthaltenen Beschäftigungsklauseln das Interesse der Gewerkschaften an der Zusicherung eines solchen Anspruches. Allerdings handelt es sich bei den insoweit begünstigten AN um AN mit offensichtlichem Beschäftigungsinteresse. Weiter ist zu erwähnen, daß sich beispielsweise die Deutsche Union der Filmschaffenden in der Gewerkschaft Kunst im DGB bemüht hat, wenn auch bisher ohne Erfolg, die Aufhebung einer

(93) So Hedderich, S. 15, 69.

tarifvertraglichen Bestimmung (94) zu erreichen, die dem Filmhersteller das Recht einräumt, jederzeit auf die Dienste des Filmschaffenden zu verzichten.

Ferner darf nicht übersehen werden, daß heute ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch im Schrifttum wie in der Rechtsprechung weitgehende Anerkennung gefunden hat. Unter diesen Umständen besteht für die Gewerkschaften weniger Anlaß - vielleicht in langwierigen Verhandlungen-, die tarifvertragliche Anerkennung einer derartigen Rechtspflicht durchzusetzen (95). Aus verständlichen Gründen werden die Gewerkschaften zunächst danach streben, die die große Mehrheit der AN unmittelbar betreffenden Probleme im Wege tariflicher Vereinbarungen angemessen zu lösen. Regelmäßig wird der AN aber im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses auch beschäftigt. Die Nichtbeschäftigung - trotz Fortzahlung der Vergütung - beschränkt sich auf Ausnahmen. Wenn die Interessenverbände der Arbeitnehmerschaft vorrangig die Erreichung besserer Lohn- und Arbeitsbedingungen zu erreichen suchen, dann sicherlich nicht deshalb, weil sie die "Arbeit nur als Mittel zum Geldverdienen" (96) betrachten, sondern in der Erkenntnis, daß die Arbeit als hauptsächlichstes Mittel zur wirtschaftlichen Sicherung des einzelnen mit zu den wesentlichsten Voraussetzungen einer menschenwürdigen Lebensgestaltung und Persönlichkeitsentfaltung gehört. Es trifft auch nicht zu, daß zum vorliegenden Thema von gewerkschaftlicher Seite so gut wie nichts beigetragen worden sei

(94) § 4 Ziff. 3 des Tarifvertrages für Filmschaffende vom 1. April 1965. Die Bestimmung war bereits in den "Allgemeinen Anstellungsbedingungen" - abgedruckt bei Dienstag, S.158ff - enthalten, wurde dann in die Tarifordnung für Filmschaffende vom 19.August 1943 - RArbBl.IV, S.628ff- als § 5 Abs. 2 aufgenommen und ging in den vom 1. April 1960 an gültig gewesenen Tarifvertrag über.

(95) Diese Auffassung hat der Hauptvorstand der DAG mit Schreiben vom 24. Juli 1963 dem Verfasser bestätigt.

(96) So Vollmer, S. 64.

(97): Obgleich eine ausdrückliche gewerkschaftliche Stellungnahme zu einer allgemeinen Beschäftigungspflicht bisher noch nicht publiziert worden ist (98), so sind doch zu diesem Thema bereits mehrere Aufsätze in gewerkschaftlichen Fachzeitschriften (99) erschienen. Allein deren Veröffentlichung bekundet ein hinreichendes Interesse der Gewerkschaften an den mit der Beschäftigungspflicht in Zusammenhang stehenden Fragen.

Soweit bekannt geworden, sollen nachfolgend diejenigen Tarifverträge angeführt werden, aus denen sich für bestimmte Arbeitnehmergruppen eine tarifvertragliche Beschäftigungspflicht ergibt: Als die bedeutendste Regelung ist der Normalvertrag zum Tarifvertrag für die Bühnenangehörigen Deutschlands vom 1. Mai 1924 (100) zu nennen. Der zwischen dem Deutschen Bühnenverein und der Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger abgeschlossene und durch Verordnung vom 13. August 1924 für allgemein verbindlich erklärte Tarifvertrag (101) gilt seinem wesentlichen Inhalt nach auch heute noch. § 6 Abs. 1 des Normalvertrages (102) (103) verpflichtet den Unternehmer, "die Dienste des (Bühnen-) Mitgliedes abzunehmen und das Mitglied angemessen zu beschäftigen."

(97) So Hedderich, S. 15.

(98) Auf Anfrage hat der Hauptvorstand der DAG dem Verfasser am 5. Juli 1963 mitgeteilt, daß die Gewerkschaft einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch grundsätzlich befürworte, weil die grundlose Nichtbeschäftigung eine Diskriminierung des AN bedeute.

(99) Vgl. Greil, DAG-Nachrichten 1950, Bl. 15 ff; Giese, Quelle 1953, S. 28; Frey, Quelle 1957, S. 127ff; ders., AuR 1957, S. 219 f; Kessler, Funktionär 1958, S. 112 ff, 135 ff; Lückehe, Betriebsrat 1958, S. 412 ff.

(100) Auch der Tarifvertrag vom 12. Mai 1919 gewährte bereits einen solchen Anspruch.

(101) RArbBl 1924, S. 354.

(102) Ähnlich § 5 Abs. 3 des Normalvertrages des Tarifvertrages für Chor- und Tanzpersonal vom 1. Juni 1924 und das entsprechende Abkommen über die Wanderbühnen, abgedruckt im Wegweiser, S. 46, 53, 29.

(103) Gemäß § 1 Abs. 2 des Normalvertrages gilt § 6 Abs. 1 auch Regisseure, so auch LAG Berlin, Betrieb 1961, S. 1702.

Ebenfalls eine Beschäftigungsklausel enthält § 16 Ziff.1 des Tarifvertrages vom 12. Januar 1963 (104) für Artisten in Varietés, Cabarets, Kleinkunsthöhlen, Singspielhöhlen, Revue-Theatern, Eis-Revuen, Kino-Varietés, Tanzpalästen und sonstigen Veranstaltungen mit artistischen Darbietungen.

Verschiedentlich ist man (105) der Auffassung, der Deutsche Buchdruckertarif vom 1. Januar 1921 (106) habe den im graphischen Gewerbe tätigen AN einen Beschäftigungsanspruch gewährleistet. Zur Begründung wird auf § 2 Satz 1 des Tarifvertrages verwiesen. Danach war der Prinzipal verpflichtet, den Gehilfen in der jeweils festgesetzten Arbeitszeit voll "zu beschäftigen". Diese sich nur auf den Wortlaut des Paragraphen stützende Ansicht vermag einer näheren Betrachtung nicht standzuhalten. Setzt man Satz 1 des § 2 in Beziehung zu dessen Satz 2 - danach war der AN verpflichtet, die Arbeitszeit pünktlich zu beginnen und einzuhalten -, so wird deutlich, daß Satz 2 im wesentlichen die Dienstpflicht des AN betrifft. Demgegenüber kann Satz 1 nur die Vergütungspflicht betreffen. Der Prinzipal muß auf jeden Fall die Vergütung für die festgesetzte Arbeitszeit entrichten, ohne diese und damit die Vergütung einseitig kürzen zu können. Daß Satz 1 trotz der verwendeten Formulierung "zu beschäftigen" keine echte Beschäftigungspflicht normieren wollte, folgt auch aus der Tatsache, daß es seinerzeit üblich war, der Dienstleistungspflicht nur die Pflicht des AG zur Zahlung der Vergütung gegenüberzustellen. Schließlich darf nicht außer acht gelassen werden, daß § 2 des gegenwärtig geltenden Tarifvertrages

(104) So schon die bisher geltenden Tarifverträge und § 15 der Tarifordnung zur Regelung der Beschäftigungsverhältnisse der Artisten ... vom 5. April 1938, RArtBl. VI, S.448ff.

(105) Kopacz, S.23; Franke, Diss. S.65; Stolzenburg, S.8; Reitmeier, S.86 Anm.87.

(106) Zwischenzeitlich ersetzt durch den Manteltarif vom 1. April 1930, den Tarifvertrag vom 16. Oktober 1950 und den Manteltarifvertrag für das graphische Gewerbe, gültig in Berlin seit dem 1. Januar 1961.

in der Weise unformuliert worden ist, daß der AG verpflichtet ist, dem AN für die jeweils vereinbarte Arbeitszeit den ihm zustehenden Lohn zu zahlen. Dagegen hat man auf die Formulierung "zu beschäftigen" verzichtet. Es wäre unverständlich, wenn die Gewerkschaft damit eine bis dahin garantierte Rechtsposition aufgegeben hätte, zumal die Vereinbarung für die AG-Seite wenig belastend wäre, da ja der Beschäftigungsanspruch ohnehin allgemeine Anerkennung gefunden hat.

C Einzelvertragliche Vereinbarungen

I. Ausdrückliche Vereinbarung

Gegen die Zulässigkeit, einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung ausdrücklich zu vereinbaren, bestehen mit Rücksicht auf den insoweit auch im Arbeitsvertragsrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) keine Bedenken. Freilich ist die ausdrückliche Vereinbarung eines Beschäftigungsanspruches infolge der auch heute noch vorhandenen wirtschaftlichen Abhängigkeit des AN praktisch kaum bedeutsam. Mag auch die noch anhaltende Wirtschaftskonjunktur und der damit verbundene Arbeitskräftemangel bestimmten AN-Gruppen beim Abschluß von Arbeitsverträgen einen größeren Verhandlungsspielraum sichern, so werden doch nur diejenigen AN eine Beschäftigungsklausel zu vereinbaren trachten, die sich der Möglichkeit der Nichtbeschäftigung trotz Fortzahlung der Vergütung bewußt geworden sind. Nur die wenigsten rechnen aber damit, daß sie eines Tages zwar "bezahlt", nicht jedoch beschäftigt werden könnten. Zu den wenigen, die daran denken und dementsprechende Vereinbarungen treffen, gehören aber erfahrungsgemäß gerade jene Arbeitnehmergruppen, für die ohnehin ein besonderes Beschäftigungsinteresse anerkannt wird.

II. Im Wege der Auslegung

Bis in die Gegenwart ist immer wieder der Versuch unternommen worden, einen Beschäftigungsanspruch für den Einzel-

fall aus dem Arbeitsvertrag in Wege vertraglicher oder vertragsergänzender Auslegung (§§ 133, 157 BGB) herzu-
leiten (107).

In den Fällen, in denen der AN ein erkennbares beson-
deres Interesse an seiner Beschäftigung hat, legt man
die vom AN bei Vertragsschluß abgegebene Willenser-
klärung nach § 133 BGB dahin aus, daß er - mindestens
stillschweigend - erklärt habe, in den Betrieb einge-
stellt werden, eine seiner Tätigkeit entsprechende Ver-
gütung erhalten und tatsächlich beschäftigt werden zu
wollen. Entsprechend habe sich der AG stillschweigend
verpflichtet, den AN auch wirklich zu beschäftigen;
denn andernfalls hätte er sich dem AN gegenüber, da ein
Verhalten, den AN durch Schweigen im unklaren zu las-
sen, gegen Treu und Glauben verstoße, ausdrücklich
erklären müssen (108).

Es soll nicht verkannt werden, daß mit Hilfe der
Konstruktion einer stillschweigenden Vereinbarung
in besonderen Einzelfällen ein durchaus annehmbares
und haltbares Ergebnis erreicht werden kann. Diese
am Einzelfall orientierte

(107) Palandt-Gramm, § 611 Anm. 3 e (anders jetzt ab
23.Aufl.); Sternberg, S.19 f; Waechter, Betrieb
1955, S. 361; E. Molitor, Anm. zu AP 51 Nr.177/78;
LAG Stuttgart AP 51 Nr. 177.

(108) Finkelstein, S. 50 (unrichtig derselbe, S.43,
wenn er sich für die stillschweigende Verein-
barung auch auf § 242 BGB bezieht.); ähnlich
Kaskel, S. 157; Hamburger, S. 41; Kutzer, S.286
Anm. 2; Lohwasser, S. 27; Wilke, S. 19 f.

Konstruktion einer Beschäftigungspflicht (109) ist aber für die juristische Begründung eines allen AN zustehenden Beschäftigungsanspruches ungeeignet. Sie müßte notwendig zu einer sehr weiten Auslegung des teilweise von materiellen Erwägungen getragenen Begriffes "besonderes Interesse" und zu dessen Sinnentlehrung führen. Abgesehen von diesen Bedenken, erscheint es geradezu gekünstelt, der Willenserklärung des AN ohne besonders ausgeprägtes Interesse an einer Beschäftigung einen entsprechenden Erklärungsinhalt beizumessen.

-
- (109) Ebenso wie das Bemühen einen derartigen Anspruch für bestimmte Kategorien von AN, losgelöst von jeder ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, aus der besonderen Eigenart des jeweiligen Arbeitsverhältnisses zu folgern, so Opet, Gutachten, S.220; Finkelstein, S.51ff; Bewer, NZfA 1921, Sp.37f; Lohwasser, S.30; Kopacz, S.34; Stewens, S.32ff; Wilke, S.23ff; Becker, S.18ff; Hedderich, S.72ff; Enneccerus-Lehmann, § 146 III 4, S.623; RG JW 1911, S.39; JW 1912, S.386; KG KGBI 1913, S.30; JW 1917, S.488 mit zustimmender Anmerkung von Opet. Darüber hinaus läßt sich bei näherer Betrachtung dieser als selbständig hervorgehobenen Anspruchsgrundlage - in diesem Sinne Bewer, a.a.O.; Stewens, a.a.O.; Lohwasser, a.a.O.; Finkelstein, a.a.O.; Kopacz, a.a.O.; Wilke, S.22 - unschwer erkennen, daß diese Arbeitsverhältnisse im wesentlichen durch ein besonderes Beschäftigungsinteresse gekennzeichnet sind. Wo aber auf die besondere Art des Arbeitsverhältnisses und damit zugleich auf das besondere Beschäftigungsinteresse Bezug genommen wird, verweist man in Wahrheit auf Umstände, die typischerweise die Annahme einer stillschweigenden Beschäftigungsvereinbarung rechtfertigen könnten. Das Bestehen eines solchen, häufig verkannnten Zusammenhanges ist offenbar bereits vom Reichsgericht - RGZ 106, S.274 - gesehen worden; denn es führt u.a. aus: "...stillschweigend vereinbart, insbesondere auch aus Umständen zu entnehmen." Im Ergebnis müssen deshalb dieselben Einwendungen gegen diese Konstruktion erhoben werden wie gegen die einer stillschweigenden Vereinbarung.

Denselben Zweifeln unterliegt die Annahme, der AG habe sich durch sein Schweigen mit der Gewährung eines Beschäftigungsanspruches einverstanden erklärt. Grundsätzlich gilt auch im Arbeitsrecht Schweigen als Ablehnung. Dies gilt nur dann nicht, wenn besondere Umstände vorliegen, die nach der Verkehrssitte, der Vereinbarung oder nach Treu und Glauben Veranlassung zu positiver Äußerung geben (110). Zieht man aber in Betracht, daß jeder Arbeitsvertrag auf die Erbringung von Arbeitsleistungen durch effektives Tätigsein zielt, dann wird man schwerlich von besonderen Umständen sprechen können, die im Hinblick auf einen Beschäftigungsanspruch eine positive Äußerung des AG gebieten.

Ernsthafter ist hingegen eine vertragsergänzende Auslegung des Arbeitsvertrages nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) ins Auge zu fassen (111). Im Einzelfall müßte dann ermittelt werden, was die Parteien erklärt hätten, wenn die offen gebliebene Frage mitgeregelt worden wäre. Gewiß finden bei einer vertragsergänzenden Auslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auch objektive Merkmale (112) Beachtung. Aber auch eine vertragsergänzende Auslegung ist an den Parteiwillen, so wie er in den Vertragsbestimmungen zum Ausdruck gekommen ist, gebunden (113), so daß selbst eine objektive Auslegung ihre Grenzen in dem erklärten oder mutmaßlich erklärten Parteiwillen findet. Zudem berücksichtigt die vertragsergänzende Aus-

(110) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, II. Bd., § 153 III.

(111) So Staudinger-Nipperdey, 9. Aufl., § 611 Anm. IX4; IAG Berlin BB 1955, S. 66.

(112) BGHZ 9, S. 273 (278); 25, S. 47 (52).

(113) BGHZ 9, S. 273 (278); 16, S. 4 (8); 25, S. 47 (52).

legung immer nur den Einzelfall. Wer die Konstruktion einer stillschweigenden Vereinbarung auf ihre Berechtigung und Brauchbarkeit kritisch überprüft, wird kaum an der Feststellung vorbeikommen, daß die Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung im Hinblick auf einen Beschäftigungsanspruch die Verantwortung des Richters für ein rechtsschöpfendes Urteil auf die Parteien verschiebt und den Parteiwillen überbewertet (114).

(114) Vgl. Herschel, Soz. Prax. 41, S.50; die Konstruktion einer stillschweigenden Vereinbarung ebenfalls ablehnend: Becker, S. 55; Reitmeier, S.158f, 200; Sternberg, S. 16f; Schniedermann, S.24f.

V i e r t e r T e i l :

B e s c h ä f t i g u n g s a n s p r u c h b e i F e h - l e n a u s d r ü c k l i c h e r g e s e t z l i c h e r u n d v e r t r a g l i c h e r G r u n d l a g e n

A Normative Ableitung

I Normen außerhalb des BGB

1. Grundgesetz

In seinem vielbeachteten und weitgehend mit Zustimmung aufgenommenen Urteil vom 10. November 1955 hat, wie bereits ausgeführt (1), das Bundesarbeitsgericht die allgemeine Beschäftigungspflicht nicht nur mit der Treue- (Fürsorge-)pflicht, sondern vor allem mit den Grundrechtsbestimmungen der Artikel 1 und 2, die jedermann die Verpflichtung auferlegen, alles zu unterlassen, was die Würde des Menschen und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen könnte, begründet. Von ähnlichen Erwägungen ist, soweit ersichtlich, auch schon Becker (2) ausgegangen, indem er einen Beschäftigungsanspruch für alle Arbeitnehmer aus dem Geist und aus einzelnen Grundsätzen der neuen deutschen Landesverfassungen zu begründen versucht und sich dabei vorrangig auf jene Verfassungsbestimmungen beruft, die dem AN die Wahrung seiner Persönlichkeit, Würde und Gleichberechtigung garantieren.

a. Drittwirkung von Grundrechten

Indessen sind weder das Grundgesetz noch die einzelnen Landesverfassungen geeignet, als Anspruchsgrundlage herangezogen zu werden. Schon dem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt der Begründung, der Auffassung, daß die Verfassungsnormen der Artikel 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG auch

(1) Siehe S. 52/53.

(2) S. 62ff.

außerhalb des Verhältnisses von Staatsbürger zur hoheitlichen Gewalt in der Privatsphäre unmittelbare Wirkungen entfalten, muß die Zustimmung versagt bleiben; denn entgegen der vom BAG (3) vertretenen Meinung können jedenfalls die Artikel 1 und 2 des GG, ohne im Rahmen dieser Arbeit auf die vielumstrittene Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen näher einzugehen, nicht als Grundrechte im Sinne eines "status socialis positivus" anerkannt werden (4). Obwohl nicht verkannt werden soll, daß die Würde des Menschen und die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch von außerstaatlichen Verbänden, sonstigen Institutionen und Zivilpersonen bedroht oder gar verletzt werden kann, so sind dennoch die Grundrechte wesensmäßig und nach ihrer geschichtlichen Entwicklung, von den Artikeln 9 Abs. 3 Satz 2 und 48 Abs. 1 GG (5) einmal abgesehen, nur gegen den Staat gerichtet.

Damit soll nicht gesagt werden, daß die Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen, hier die Artikel 1 und 2, überhaupt nicht auf das Verhältnis der Staatsbürger untereinander ausstrahlen, im Gegenteil, verkörpern sie doch fundamentale Rechtsgrundsätze. Sie enthalten maßgebliche Grundgedanken für die Gestaltung unserer Sozial- und

-
- (3) BAG 2, 221ff; vgl. ferner BAG 1, 185 (193); 4, 274 (276) AP Art. 12 GG Nr. 25; Enneccerus-Nipperdey, § 15 II 4 mit ausführlichen Angaben über Rechtsprechung und Schrifttum; Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 747 Anm.26; Leisner, insbes. S.812, 332f.
- (4) Ausführliche Nachweise der eine Drittwirkung ablehnenden Autoren und Gerichte bei Vogt, S.143/45 Anm.365/67.
- (5) Vgl. Maunz-Dürig, Art.48 Anm.4; v. Mangoldt-Klein, Art.48 Anm.III 3 mit Nachw.

Rechtsordnung, die ihre Berücksichtigung bei der Auslegung wertausfüllungsfähiger und wertausfüllungsbedürftiger außerverfassungsrechtlicher Generalklauseln wie überhaupt bei der Auslegung von Rechtsnormen und bei der Lückenausfüllung auf allen Rechtsgebieten mit Einschluß des Arbeitsrechts finden. Auf diese Weise wird auch der Privatrechtsverkehr von der Verfassung erfaßt (6) (7).

b. Artikel 1 und 2 GG

Aber selbst wenn man der eine direkte Drittwirkung der Artikel 1 und 2 GG ablehnenden Auffassung nicht folgen und demgegenüber deren unmittelbare Geltung in der Privatrechtssphäre annehmen will, auch dann kann den genannten Verfassungsbestimmungen eine allgemeine Beschäftigungspflicht nicht entnommen werden. Zwar gewährleistet Artikel 2 Abs. 1 GG nicht nur den Schutz eines Mindestmaßes menschlicher Handlungsfreiheit, ohne das der Mensch seine Wesensanlagen als geistig-sittliches Wesen nicht entfalten könnte, sondern auch die allgemeine Handlungsfreiheit des Menschen schlechthin (8). Auf das Arbeitsrecht, wenn und

-
- (6) Vgl. BVerfG 7, S.198 (206) Maunz-Dürig, Art.1 Rn 127ff, Art.2 Rn 57. Weitere Nachweise der Vertreter der Lehre vom indirekten Einfluß der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen auf Privatrechtsverhältnisse bei Vogt, S.199ff; Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S.748 Anm. 26.
- (7) Insoweit sehen deshalb folgerichtig Sternberg, S.28f und Schniedermann, S.41f, 13, nicht in Art.2 Abs.1 in Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG die Anspruchsgrundlage für die allgemeine Beschäftigungspflicht, sondern leiten den Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis selbst her. Vgl. auch Hueck-Nipperdey I, S.382 Anm.8, wonach die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Art. 1 u.2 nur zur Unterstützung des durch richtige Würdigung des Arbeitsverhältnisses gewonnenen Ergebnisses und zum Beweis dafür, daß dieses Ergebnis mit der Gesamttendenz des heutigen Rechts in Einklang steht, heranzuziehen sei. Ähnlich Pieper, SAE 1956, S.147; Trieschmann BärBl 1957, S.12.
- (8) Vgl. BVerfG 6, S.32.

soweit ein Arbeitsverhältnis besteht, übertragen, bedeutet das: Handlungsfreiheit im Rahmen und entsprechend dem Inhalt und Zweck des Arbeitsvertrages. Nun garantiert Artikel 2 Abs.1 GG, der verdeutlicht, worin die Würde des Menschen besteht (9), das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aber nur insoweit, als nicht die Rechte anderer verletzt werden, wobei hier insbesondere an das Eigentumsrecht des AG an den Produktionsmitteln und Arbeitsstoffen bzw. an das Direktionsrecht des AG gedacht werden könnte. Nur wenn der verfassungsrechtliche Nachweis gelingt, daß die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht möglicherweise ableitbare Beschäftigungspflicht trotz dieser Rechte des AG anzuerkennen ist, könnte insofern der Ansicht des BAG zugestimmt werden.

Ungeachtet dessen muß aber der Versuch, die allgemeine Beschäftigungspflicht direkt auf Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG (10) zu stützen, vor allem deshalb scheitern, weil sich aus der Natur des durch die Art. 1 und 2 geschützten Rechts regelmäßig nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten, nicht aber Pflichten zu

(9) Maunz-Dürig, Art. 2 Anm.1; Nipperdey aaO., S.742.

(10) Dagegen steht der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG nicht, wie Reitmeier, S.20 meint, der Umstand entgegen, daß es sich bei der Beschäftigungspflicht um die berufliche Betätigung des AN handele, die sich in der Tat allein nach Art. 12 Abs. 1 GG richtet, BVerfG 9, S.338. Art. 12 Abs. 1 GG kommt aber nur insoweit Spezialcharakter zu, als dem AN das Recht zusteht, seinen Beruf und seinen (konkreten) Arbeitsplatz frei zu wählen, den gewählten Beruf und Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben oder zu wechseln.

positiven Handlungen ergeben (11). Der Anspruch auf Beschäftigung hat aber nicht ein Unterlassen, sondern eine Mehrzahl positiver Handlungen zum Inhalt, wie noch im einzelnen auszuführen sein wird. Der AG erfüllt seine Beschäftigungspflicht erst, wenn er entsprechende Arbeit zuweist und so dem AN die Möglichkeit zu einer Betätigung einräumt. Freilich ist ein Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch in der Weise denkbar, daß ein anderer eine gebotene Handlung unterläßt. Für die Beschäftigungspflicht ist in diesem Zusammenhang aber entscheidend, daß sich eine derartige Handlungspflicht nur aus dem Arbeitsvertrag ergeben kann. Die angeführten Grundrechtsbestimmungen können nicht derart auf das Arbeitsverhältnis einwirken, daß dadurch besondere vertragliche Rechte und Pflichten begründet werden. Überdies besteht außerhalb eines Arbeitsverhältnisses keine Möglichkeit, in das Recht eines anderen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit dadurch einzugreifen, daß er nicht beschäftigt wird. Schließlich muß bezweifelt werden, daß der Arbeitsvertrag die Aufgabe hat, dem Vertragspartner die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit schlechthin zu gewährleisten.

c. Recht auf Arbeit

Gleichfalls kann der Auffassung, daß eine Beschäftigungspflicht deshalb besteht, weil und soweit ein Recht auf Arbeit verfassungsrechtlich garantiert sei (12), nicht gefolgt werden.

(11) So auch v. Mangoldt-Klein, Vorb. A II 3, Art. 2 Anm. III 4; Maunz-Dürig, Art. 2 Erl. IV 1 und Anm. 1; Hubmann, S. 146, der aber ungenau von "positiven Handlungspflichten" spricht; Bay VerfGH DVBl 1962, S. 638 (3. Leitsatz); BSG 11, S. 212; OVG Münster VerwRspr. 9, S. 914 (917); Ähnlich OVG Berlin Bd. 6, S. 46.

(12) Einzelheiten dazu S. 57, 44 oben.

Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung enthält das Bonner Grundgesetz keine Bestimmungen, die unmittelbar mit einem Recht auf Arbeit in Zusammenhang gebracht werden könnten (13). Soweit verschiedene Landesverfassungen (14) Art. 163 der Weimarer Verfassung entsprechende Verfassungsgrundsätze aufgenommen haben, handelt es sich nach überwiegender Ansicht um bloße Programmsätze, die den Gesetzgeber veranlassen sollen, die Wirtschaft so zu gestalten, daß genügend Arbeitsplätze zur Verfügung stehen (15). Ein Rechtsanspruch im oben dargelegten Sinne wird jedenfalls nach geltendem Verfassungsrecht nicht garantiert. Auch wäre der Staat als Anspruchsgegner nach unserer gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung - davon hängt ein solches Recht ebenfalls in nicht unbedeutendem Maße ab (16) - nicht in der Lage, ein subjektives Recht auf auskömmliche Existenz durch Arbeit einzuräumen (17).

Selbst wenn aber unsere Staatsverfassung ein Recht auf Arbeit anerkennen würde, käme man dennoch nach dem herkömmlichen Begriffsinhalt dieses Rechts (18) nicht dazu,

(13) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 12 Anm.II3b.

(14) Vgl. Art.166 Abs.2 Bayern; Art.12 Abs.1 Berlin; Art.49 Abs.2 Bremen; Art.28 Abs.2 Hessen; Art.24 Abs.1, Satz 3 Nordrhein-Westf.; Art.53 Abs.2 Rheinland-Pf.; Art.45 Saarland; vgl. auch Art.23 Abs.1 der UN-Erklärung vom 10.Dezember 1948; wegen Art.1 der Sozialcharta von 1961 vgl.Anm.18 S.8.

(15) Einzelheiten bei Herschel, in: Die Grundrechte, Bd.III, S.329 mit Nachw.

(16) Offenbar a.A. B. Molitor, S.3/4.

(17) Vgl. Bay.VerfGH AP Art.166 Baye.Verf. Nr.2; E. Molitor, Recht auf Arbeit, S.729 ff; Herschel a.a.O.; Wissell, AuR 1954, S.129; Trieschmann, BarBBl 1956, 452; v.Münch, JZ 1960, S.303 - Sogar Art.15 der Verfassung der "DDR" von 1949 gewährleistet nur einen Anspruch auf den notwendigen Unterhalt, nicht aber auf Verschaffung von Arbeitsgelegenheit.

(18) S.6/7 .

in der arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht dessen notwendige Verwirklichung zu sehen. Es ist gezeigt worden (18), daß ein Recht auf Arbeit der Sicherung der materiellen Existenz des einzelnen dient. Da aber ein solches Recht mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages seinen Zweck erreicht hat, bleibt für einen Anspruch auf Beschäftigung kein Raum mehr (19). Wenn demgegenüber behauptet wird, das Recht auf Arbeit beschränke sich nicht mehr darauf, daß der Staat die Eingehung von Arbeitsverhältnissen im Wege der Arbeitsvermittlung unterstützt oder für den Fall der Arbeitslosigkeit eine Unterstützung zubilligt, sondern heute umfasse das Recht auf Arbeit auch das Recht auf Zuweisung tatsächlicher Beschäftigung (20), so ist das eine bisher unbewiesene Behauptung. Weder sprechen gewichtige Anzeichen für eine solche Erweiterung des rechtlichen Gehalts eines Rechts auf Arbeit, noch besteht ein Bedürfnis danach.

In diesem Zusammenhang soll auch auf die Ansicht von Wawretzko und Giese (21) eingegangen werden, wonach eine Verpflichtung zur Beschäftigung deshalb bestehen soll, weil ein Arbeitsverhältnis nicht nur zivilrechtliche, sondern auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen begründet.

Wohl können sich aus einem Arbeitsverhältnis die verschiedenartigsten öffentlich-rechtlichen Pflichten für den AG ergeben. Es seien nur die Bestimmungen erwähnt, die den

(18) S.6/7.

(19) Im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey I, S.381, Anm.2; Becker, S.9 (anders aber S. 62ff); E. Molitor AP 52 Nr. 24.

(20) Vgl. Hacker, S.36, Anm.33.

(21) Nachweise S. 44.

Arbeitszeit-, den Betriebs- und Lohnschutz sowie die Frauen- und Kinderarbeit betreffen. Weshalb jedoch aus dieser Tatsache auf eine Beschäftigungspflicht zu schließen ist, haben Wawretzko und Giese nicht einmal andeutungsweise dargetan. Jedenfalls sind keine maßgeblichen Gesichtspunkte erkennbar, die diese Auffassung tragen könnten.

2. Recht am Arbeitsplatz

An anderer Stelle (22) ist bereits ausgeführt worden, daß das Recht am Arbeitsplatz oder der Betriebszugehörigkeit den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zustand der Erfüllung sichern soll. Nun versteht allerdings Nipperdey (23) unter diesem Recht nicht nur den Anspruch Betriebsangehöriger zu sein, sondern auch, sich dementsprechend zu betätigen. Daraus hat Schniedermann (24) offenbar den Schluß gezogen, daß dieses Sichbetätigenkönnen mit der Anerkennung des Beschäftigungsanspruches als Folgeerscheinung des Rechts am Arbeitsplatz gleichbedeutend sei. Selbst wenn man der von Nipperdey vertretenen Ansicht folgt, läßt sich ein Beschäftigungsanspruch damit jedoch nicht begründen. Nipperdey beruft sich nämlich zur Rechtfertigung seiner Ansicht unter anderem auch auf Artikel 2 des Grundgesetzes. Es ist aber schon darauf hingewiesen worden (25), daß sich aus dieser Verfassungsbestimmung regelmäßig nur Eingriffsverbote und Unterlassungspflichten, nicht aber Pflichten zu positiven Handlungen ergeben. Im übrigen räumt Schniedermann (26) selbst ein, daß die Erfüllung des Beschäftigungsanspruches nur im Wege positiver Handlungen

(22) S.10 .

(23) Festschrift für Sitzler, S.92, ANm.41; ihm zustimmend Herschel, RdA 1960, S.124.

(24) S. 38.

(25) S.102.

(26) S. 40.

möglich sei. Sich als Betriebsangehöriger betätigen zu können, bedeutet deshalb im Hinblick auf die tatsächliche Beschäftigung des AN nur, daß der AN seine Beschäftigung zu fordern berechtigt ist, wenn und soweit überhaupt ein solcher Anspruch besteht. Über den Inhalt oder die "Ausgestaltung" (Schniedermann) des Arbeitsverhältnisses kann der Bestandsschutzgarantie nichts entnommen werden (27). Ein Recht am Arbeitsplatz vermag also keine aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Rechte zu begründen, sondern kann das Arbeitsverhältnis immer nur mit den "vorgegebenen" Rechten und Pflichten in seinem Bestand erfassen und entsprechend schützen. Insofern geht schließlich auch Schniedermann (28) fehl, wenn er die Beschäftigungspflicht zu den notwendigen Bestandteilen der durch das Recht am Arbeitsplatz geschützten Betriebszugehörigkeit rechnet.

Überdies sind die Beweggründe für eine auf den Nachweis des Beschäftigungsanspruches als Bestandteil des Rechts am Arbeitsplatz gerichteten Argumentation nicht ganz überzeugend. Zwar besteht theoretisch die Möglichkeit, daß der AG, vor allem wenn ihm keine eine Kündigung rechtfertigenden Gründe zur Seite stehen, dem AN die Beschäftigung deshalb entzieht, um ihn auf diese Weise zu veranlassen, von sich aus das Arbeitsverhältnis zu lösen (29). Gleichwohl dürfte einer solchen Maßnahme des AG kaum praktische Bedeutung zukommen. Der AG müßte warten bis der AN kündigt und wäre für diesen unter Umständen sehr langen Zeitraum mit den Lohn- oder Gehaltskosten belastet, ohne ein Äquivalent dafür zu erhalten. In solchen Fällen wird der AG wohl eher das Risiko einer Kündigung auf sich nehmen. Soweit überhaupt

(27) So auch Herschel, RdA 1960, S.124. Gegen die Ableitung der Beschäftigungspflicht aus dem Recht am Arbeitsplatz haben sich ebenfalls ausgesprochen Hueck-Nipperdey I, S.381, Anm.3; B. Molitor, S.7; Reitmeier, S.183 ff; Wiedemann, RdA 1961, S.2.

(28) S.39.

(29) In diesem Sinne Rickelt, S.56; Hessel, BlStSozArbR 1951, S.27; Hacker, S.48; Schniedermann, S.39.

arbeitsgerichtliche Entscheidungen in dieser Richtung vorliegen, lagen der Nichtbeschäftigung durch den AG und der nachfolgenden Kündigung durch den AN andere Motive zugrunde. Während ein AG (30) nur deshalb die Weiterbeschäftigung verweigerte, weil er von der Rechtsunwirksamkeit des Arbeitsvertrages überzeugt war, begehrte ein anderer AG (31) sogar die Feststellung, daß die Kündigung des AN unwirksam sei.

II. Normen des BGB

1. Arbeits- und Schuldrecht

Mit der herrschenden Ansicht ist heute davon auszugehen, daß auf den Arbeitsvertrag die Normen des Schuldrechts, insbesondere die §§ 611 ff BGB, Anwendung finden (32); denn auch das moderne Arbeitsrecht kann sich - bei voller Würdigung des personenrechtlichen Gehalts des Arbeitsverhältnisses - der Einsicht nicht verschließen, daß dem Arbeitsvertrag als einem regelmäßig entgeltlichen Vertrag ein gewisser Austauschcharakter im Hinblick auf die beiderseitigen Leistungen anhaftet. Die Vorschriften des BGB sind nur dann und insoweit auf das Arbeitsrecht nicht anwendbar, als sie zum Wesen des Arbeitsverhältnisses in Widerspruch stehen (33).

(30) Vgl. IAG Frankfurt/M. ARSt Bd VI Nr. 512.

(31) Vgl. ArbG Karlsruhe ARSt Bd. VIII Nr. 282.

(32) Statt vieler: Hueck-Nipperdey I, S. 133; Nikisch I, S. 161f; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, vor § 611 Vorb. 33ff, insbes. 35, mit Rechtsprechungsnachweisen des BAG; a.A. IAG Stuttgart AP Haftung des AN, Nr. 2.

(33) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 133; Nikisch I, S. 162.

2. Dienstvertragsrecht des BGB

Eine ausdrückliche Regelung der arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht enthält das BGB nicht (34). Auch § 611 BGB, der die Dienstleistungspflicht und die Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung normiert, gewährt einen Beschäftigungsanspruch expressis verbis nicht, schließt einen solchen aber auch nicht ausdrücklich aus. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob hier insoweit eine Gesetzeslücke vorliegt, die im Wege der Lückenergänzung geschlossen werden könnte. Dafür spricht mancherlei. Daß hingegen das Schweigen des Gesetzes einer negativen Regelung gleichkommt (35), kann nicht angenommen werden. Viel eher ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Beschäftigungspflicht als Problem nicht in seiner ganzen Tragweise erkannt hat (36). Zwar hatte sich schon das gemeinrechtliche Schrifttum mit der Dienstannahmepflicht des Dienstherrn befaßt (37). Auch hat der Gesetzgeber des Binnenschiffahrts- und Flößereigesetzes entsprechende Fragen berührt (38). Aber infolge der damals geringen theoretischen und praktischen Bedeutung dieser Frage, fand dieses eigentlich moderne Rechtsinstitut bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts auch in der rechtswissenschaftlichen Lehre, Forschung und Rechtsprechung kaum Beachtung, so daß auch der Gesetzgeber des BGB keine Veranlassung

(34) Daraus folgerten Hueck-Nipperdey I, 3/5. Aufl., S.255; Goerrig, SchlW 1925, Sp 21; Lohwasser, S.9f; Wilke, S.7f; Goldbaum, S.19 u.Anm.29; Staudinger-Kober, 2.Aufl., § 611 A m.VI; Kopacz, S.8f; Heermann, S.4; LAG Leipzig DJ 1938, S.1076; LAG München ARSt Bd.XIII Nr.223; ArbG Mosbach ARSt V Nr.11, daß eine Beschäftigungspflicht grundsätzlich nicht bestehe.

(35) So Crome, S.187. Den Materialien zum BGB - Motive, Bd. II S.255 ff; Protokolle, Bd.II, S.276 ff - kann in dieser Hinsicht überhaupt nichts entnommen werden.

(36) A.A. Finkelstein, S.37.

(37) Siehe S. 26 Anm.12.

(38) Vgl. oben S. 86f.

hatte, sich von Gesetzes wegen dieser Dinge anzunehmen. Dafür jedenfalls, daß der Gesetzgeber die Regelung der Beschäftigungspflicht absichtlich offen gelassen hat, um die Klärung dieser Frage der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen (39), sind nicht die geringsten Anhaltspunkte vorhanden. Es kann aber kaum einem Zweifel unterliegen, daß sich der Gesetzgeber im Falle einer gesetzlichen Regelung gegen einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch ausgesprochen hätte; denn ein derartiger Anspruch mußte mit der bürgerlich-rechtlichen Konzeption des Dienst- bzw. Arbeitsvertrages als eines rein vermögensrechtlichen Austauschvertrages unvereinbar sein. Wenn trotz dieser Konzeption das Dienstvertragsrecht des BGB keine den §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB vergleichbaren Vorschriften enthält, aus denen sich für den Käufer bzw. den Besteller eines Werkes die Rechtspflicht ergibt, die gekaufte Sache oder das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, dann ist darin durchaus keine Inkonsequenz zu der betont vermögensrechtlichen Auffassung in Bezug auf das Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis zu sehen, bedenkt man nur, daß der Arbeit regelmäßig nur dienender Charakter zukam. Die Regelung der §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB berücksichtigt vor allem das Interesse des Verkäufers bzw. des Unternehmers, die endgültige Abwicklung des Geschäfts herbeizuführen. Den Wertvorstellungen jener Zeit entsprechend - dafür legen viele Bestimmungen des BGB Zeugnis ab -, sollte ja auch vorrangig vermögensrechtlichen und nur ausnahmsweise immateriellen Gütern (vgl. § 253 BGB) ein Rechtsschutz zuteil werden. Ein den §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB zugrundeliegendes vermögenswertes Interesse ist bei den Dienstverpflichteten aber generell nicht erkennbar.

(39) So aber Wilke, S.24; Somborn, S.53; vgl. auch Daubitz, S. 38; Reitmeier, S. 67.

Aus der Tatsache nun, daß für das Dienstvertragsrecht des BGB den §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschriften fehlen, ist verschiedentlich im Wege des argumentum e contrario der Schluß gezogen worden, daß dem AN ein Beschäftigungsanspruch nicht zustehe (40). Indessen kann dem nicht zugestimmt werden (41). Ein derartiger Schluß wäre nur gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber mit den §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 eine abschließende Regelung hätte treffen wollen. Wie aber dargetan, besteht hinsichtlich der Beschäftigungspflicht eine Regelungslücke. Zudem, das erscheint gewichtiger, sind die hier miteinander zu vergleichenden Sachverhalte in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht voneinander verschieden, so daß auch und vor allem aus diesem Grunde die obige Ansicht auf Widerspruch stoßen muß. Der Beschäftigungsanspruch ist auf die Erbringung der Arbeitsleistung, auf ein Tätig-sein-Dürfen gerichtet. Demgegenüber zielt die Abnahmepflicht auf das fertige Schaffensprodukt, auf das Leistungsergebnis. Die der Beschäftigung vergleichbare Herstellung des Werkes ist also bereits abgeschlossen. Während sich das Interesse des Bestellers beispielsweise in aller Regel nur deshalb auf die körperliche Abnahme des Werkes erstreckt, um das Vertragsverhältnis endgültig abzuwickeln, ist das gerade bei dem seine Beschäftigung verlangenden AN nicht der Fall. Er strebt vielmehr danach, das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten. Eine Analogie zu § 640 Abs. 1 BGB käme auch dann nur in Betracht, wenn der Unternehmer ein Recht auf die tatsächliche Herstellung des Werkes hätte. Daß ein solches Recht nicht besteht, folgt aber aus dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Bestellers (§ 649 BGB).

(40) So Braun, S. 51; Somborn, S. 7f; vgl. auch Daubitz, S. 68; Lohwasser, S. 14; Finkelstein, S. 36.

(41) Ebenso Bower, NZfA 1921, Sp. 32; Kutzer, S. 287; Reitmeier, S. 69; Hedderich, S. 18.

Kommt man auf die eingangs gestellte Frage nach dem Verhältnis des positiven Dienstvertragsrechtes des BGB zu einer allgemeinen Beschäftigungspflicht zurück, so wird man sich jedenfalls heute unter Berücksichtigung der modernen arbeitsrechtlichen Entwicklung seit 1918 und ihres Einflusses auf die Normen des bürgerlichen Rechts auf den Standpunkt stellen müssen, daß die §§ 611 ff BGB nur die Mindestanforderungen des Dienst- bzw. Arbeitsvertrages enthalten und insoweit der Anerkennung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches nicht entgegenstünden.

An Versuchen, einen Beschäftigungsanspruch mit den Mitteln des geltenden positiven Rechts zu begründen, hat es daher auch nicht gefehlt. Wenn der Gesetzgeber, so argumentiert man (42), die Nichtannahme der Dienste nach § 615 BGB unter eine "Vertragsstrafe" stelle, dann sei ohne weiteres die Verpflichtung des AG zur Entgegennahme der Dienste klaggestellt. Der AG könne den Dienstverpflichteten nicht in seiner wirtschaftlichen Existenz lähmen, indem er scheinbar seine Dienste annehme, ihn aber durch Zahlung der Vergütung an einer anderweitigen Verwendung derselben hindere. Richtiger Ansicht nach kann jedoch aus § 615 BGB ein solcher Anspruch weder unter dem Gesichtspunkt des *argumentum a maiore ad minus* hergeleitet noch mit Hilfe des *argumentum e contrario* (43) verneint werden (44). Die zitierte

(42) Staudinger, 1. Aufl., § 611 Anm. 9 (aufgegeben aber in der 2. Aufl.); A. L. N. W. 1912, S. 1009; ArbG Augsburg ARSt Bd. IX Nr. 151; vgl. ferner Hamburger, S. 29, der ausführt, aus § 615 BGB gehe hervor, daß der Gesetzgeber im Annahmeverzug ein Unrecht des Dienstherrn erblicke; Daubitz, S. 38, meint § 615 BGB gehöre zu den Normen, die einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers ("ein Recht auf Annahme der Arbeit" zu gewähren) vermuten ließen, vgl. ders. aber S. 67f; ebenso Hamburger, S. 29: kein unmittelbarer Anspruch aus § 615 BGB.

(43) So aber Heermann, S. 4f, 33; Rauert, S. 69; Somborn, S. 7; auch Lohwasser, S. 14.

(44) Ebenso Hamburger, S. 29; Somborn, S. 6; Vollmer, S. 39; Becker, S. 48; Hacker, S. 11; Reitmeier, S. 65.

Vorschrift erweist sich insofern als indifferent. Im Zusammenhang mit § 615 BGB zeigt sich erneut, daß die Verknüpfung des Beschäftigungsanspruches mit der Pflicht zur Lohnzahlung unangebracht, ja sogar unzulässig ist; denn, wie schon an anderer Stelle betont worden ist (45), unterscheiden sich beide Pflichten bereits ihrem Inhalt nach. In Abweichung von § 614 BGB und den Vorschriften über den Gläubigerverzug (§§ 293 ff BGB) regelt § 615 BGB ausschließlich die besonderen vermögensrechtlichen Folgen für den Fall, daß der AG die ihm vom AN angebotenen Dienste nicht angenommen hat und in Annahmeverzug gekommen ist: Der AN behält dann in der Regel seinen vollen Vergütungsanspruch, ohne seinerseits zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein. § 615 BGB liegt der Gedanke zugrunde, daß der AN, der ohne seine Schuld an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert worden ist, auf alle Fälle mit dem seine materielle Existenz sichernden Arbeitslohn soll rechnen können. Es trifft aber auch nicht zu, daß es dem AN während des Annahmeverzuges des AG verwehrt sei, seine Arbeitskraft einem anderen AG anzubieten (46). Aus den §§ 324 und 615 Satz 2 BGB folgt vielmehr, daß der AN unter Umständen sogar gehalten ist, eine anderweitige Verdienstgelegenheit wahrzunehmen (47). Andernfalls muß er sich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung zu erwerben böswillig unterläßt.

(45) S. 3f.

(46) Ebenso Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S.172; Hueck-Nipperdey I, S.219, 326; Nikisch I, S.278; Schnorr v.Carolsfeld, S.206; Reitmeier, S.211; Gumpert BB 1961, S.834f; - a.A. BAG 2, S.221 ff (vgl. aber BAG 6, S.309); ArbG Hamburg, ARSt Bd.XXIII Nr.548; ArbG Lör-rach BB 1960, S.1059; E. Molitor, Recht auf Arbeit, S.731; Becker, S.49; Sternberg, S.38.

(47) Gegenüber dem alten AG ist der AN aber verpflichtet, in die neue Arbeitsstelle nur in der Weise einzutreten, daß ihm die Erfüllung der alten Dienstleistungspflicht nach beendetem Annahmeverzug ungeschämt möglich ist, vgl. Oertmann aaO.; Isele, S.119f.

3. Andere Bestimmungen des BGB

Von anderer Seite ist - zum Teil unter Berufung auf eine Entscheidung des KG (48) - § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zur Begründung der Beschäftigungspflicht herangezogen worden (49): Die Nichtbeschäftigung sei ebenso eine unbillige und deshalb unverbindliche Entscheidung des AG wie die Verzögerung der Leistungsbestimmung durch ihn. An die Stelle der nicht erfolgten Erklärung des AG über die Beschäftigung des AN trete dann eine entsprechende gerichtliche Entscheidung.

So bestechend diese Argumentation zunächst auch erscheint, sie vermag dennoch nicht zu überzeugen, weil sie von einer Voraussetzung ausgeht, die in Bezug auf das Beschäftigungsverlangen des AN erst noch bewiesen werden muß. § 315 BGB setzt nämlich voraus, daß eine Leistungspflicht überhaupt besteht. Das trifft zwar für die sich aus § 611 BGB ergebende Dienstleistungspflicht des AN zu. Um diese geht es aber unmittelbar nicht. Es soll gerade erst nachgewiesen werden, daß der AN zur Dienstleistung nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt, daß der AG zur Annahme der Dienstleistung verpflichtet ist. Solange deshalb das Bestehen der Beschäftigungspflicht als Schuldnerpflicht

(48) KG Bl. 1913, S. 30.

(49) Daubitz, S. 63; Urban, S. 60; Franke, Diss., S.96.

- nur diese meint § 315 BGB - nicht nachgewiesen ist, bleibt für die Anwendung der Vorschrift kein Raum. Im übrigen ist die Bezugnahme auf die angeführte Entscheidung des KG nicht gerechtfertigt; denn das KG begründet den Beschäftigungsanspruch eines Bühnenschauspielers ausdrücklich mit allgemeinen Vorschriften und zieht § 315 BGB nur beim Ausgleich der beiderseitigen Interessen heran. Ungeachtet dessen müßte § 315 BGB zur Begründung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht auch deshalb abgelehnt werden, weil sich die Frage der Billigkeit immer nur nach dem Einzelfall beurteilen läßt.

Fernerhin hat man versucht, § 640 Abs. 1 BGB auf das Arbeitsverhältnis entsprechend anzuwenden (52), doch zu Unrecht (53). Ohne im Rahmen dieser Arbeit auf den Meinungsstreit (54) um den Inhalt der werkvertraglichen Abnahmepflicht - Übernahme des Werkes und dessen Billigung, Annahme an Erfüllungsstatt oder lediglich tatsächliche Übernahme - einzugehen, läßt sich doch mit

(52) Oertmann, NW 39.Jg., S.795; Kiesslich, NW 42. Jg., S.637; Hamburger, S.76; alle für besonders an einer Beschäftigung interessierte AN, in Sonderheit Bühnenkünstler.

(53) Ebenso Opet, Gutachten, S.217; Daubitz, S.71; Somborn, S.24f; Finkelstein, S.39; Lohwasser, S.14; Kutzer, S.286; Reitmeier, S.112.

(54) Vgl. Staudinger-Riedel, § 640 Anm. 2 mit Nachw.

Sicherheit sagen, daß grundsätzlich nur körperliche Sachen, nicht aber immaterielle "Werke" abnahmefähig sind (55). Schon daran mangelt es im Hinblick auf die Beschäftigung des AN. Dieses Hindernis glaubt Hamburger (56) dadurch ausräumen zu können, daß er bei immateriellen Werken die Abnahmepflicht durch die Billigungspflicht ersetzt. Dem läßt sich entgegenhalten, daß auch die "Billigung" die Existenz eines Arbeitsproduktes voraussetzt. Die Beschäftigung bzw. ein Anspruch darauf soll aber doch gerade erst die Möglichkeit bieten, ein entsprechendes "Werk" herzustellen. Wie bereits hervorgehoben, steht aber auch dem Unternehmer nach § 640 Abs. 1 BGB kein Recht zu, das Werk herzustellen.

Wenn Hedderich (57) die §§ 226 und 826 BGB als ausreichenden Schutz ansieht, um die Ausübung des arbeitgeberischen Direktionsrechts zu begrenzen, dann muß auch dieser Auffassung widersprochen werden. Voraussetzung für die Anwendung von § 226 BGB ist stets, daß nach Lage der gesamten Umstände ein anderer Zweck als die Schadenszufügung objektiv ausgeschlossen ist (58). Sobald auch nur ein berechtigtes Interesse mitbestimmend sein kann, sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt. Daß aber der Nachweis, der AG habe sein Direktionsrecht nur zum Zwecke der Schädigung des AN ausgeübt, vor allem in einer möglichen Wirtschaftsphase mit zunehmendem Überangebot von Arbeitskräften, besonders schwierig, wenn nicht gar ausgeschlossen ist, bedarf keiner weiteren Darlegung.

(55) RGRK, § 640 Anm.2; Soergel-Erdsiek-Mühl, § 640 Anm.4; Staudinger-Riedel, § 640 Anm.14.

(56) S.75f im Anschluß an Enneccerus-Lehmann, § 152 I 2 Anm.2 a.E.; vgl. auch Palandt-Gramm, § 640 Anm.2.

(57) S.53.

(58) RGZ 68, S.424; 98, S.70 (73); 125, S.108 ff.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Anwendung von § 826 BGB (59). Vor allem aber darf nicht übersehen werden, daß mit Hilfe der genannten Bestimmungen nur mittelbar ein Beschäftigungsanspruch durchgesetzt werden könnte; denn in seiner praktischen Konsequenz eröffnet § 826 BGB ebenso wie § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 226 BGB nur die Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen. Ein Unterlassungsanspruch ist hier bedeutungslos, da die Gewährung von Beschäftigung positive Handlungen des AG erfordert. Zwar begründet die in der Nichtbeschäftigung gegebenenfalls liegende fortdauernde Verletzung der §§ 823 Abs. 2 (in Verbindung mit § 226 BGB) und 826 BGB einen Beseitigungsanspruch des Geschädigten, der über einen Unterlassungsanspruch hinausgeht und ein Verschulden des AG nicht voraussetzt (60), jedoch ließe sich damit immer nur ein Anspruch für den Einzelfall, nicht aber eine allgemeine Beschäftigungspflicht begründen. Endlich erscheint die Heranziehung der genannten Bestimmungen auch zur Begründung eines Beschäftigungsanspruches im Einzelfall wegen der zu strengen Voraussetzungen als unzureichend.

Bedenken bestehen ferner gegen die Ableitung der allgemeinen Beschäftigungspflicht unmittelbar aus § 242 BGB (61). Zunächst spricht gegen die unmittelbare Begründung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches aus § 242 BGB, daß diese Vorschrift jedenfalls ihrem Wortlaut nach nur die Art, das "Wie" der Leistung betrifft, die Existenz einer Leistungspflicht voraussetzt. Diese soll aber erst bewiesen werden.

(59) Die §§ 226 und 826 BGB als unzulänglich schon ablehnend: Opet, Gutachten, S.218f; v.Beust, S.88; Lotmar, Bd.I, S.116; Daubitz, S.57,59,61,89.

(60) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 252 II, S.1011f; Esser, § 211 Nr.3, S.929 ff; Palandt-Gramm, vor § 823 BGB Einf.9 und vor allem für einen mit dem Beschäftigungsverlangen vergleichbaren Fall des Anspruchs auf Aufnahme in einen Wirtschaftsverband BGHZ 29, S.344 (351f).

(61) Nachw. Anm.(75) S. 47.

Nun wird zwar allgemein anerkannt, daß § 242 BGB im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsverhältnis auch als (unselbständige) Anspruchsgrundlage in Frage kommen und insofern nicht vereinbarte oder gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Rechte und Pflichten begründen kann. Damit erstreckt sich § 242 BGB nicht mehr allein auf das "Wie", sondern auch auf das "Was" und "Ob" der Leistung (62). Bei extensiver Interpretation dieser Norm, die in erster Linie auf Hauptpflichten zugeschnitten ist, können sich deshalb aus dem Gebot der Rücksichtnahme und der Wahrung des Vertrauens auch für den Gläubiger (63) die verschiedenartigsten Nebenpflichten, wie Mitwirkungs-, Mitteilungs-, Aufklärungs-, Auskunft- und Schutzpflichten, ergeben, die letztlich alle auf die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ausgerichtet sind. Dagegen erwachsen aus § 242 BGB regelmäßig keine selbständigen, mit der offensichtlich geschuldeten Leistung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Hauptpflichten (64). So gesehen, erscheint es nicht ausgeschlossen, auch einen Beschäftigungsanspruch möglicherweise als Nebenanspruch zu konstruieren. Aber § 242 BGB ist, wie dargetan, nur im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses anwendbar (65), wobei die besonderen Gegebenheiten des jeweiligen konkreten Einzelgeschäfts zu berücksichtigen sind. § 242 BGB läßt nur eine Entscheidung von Fall zu Fall zu und steht damit der Ableitung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht entgegen. Das schließt allerdings nicht aus, daß für bestimmte, typische Gruppen

(62) Vgl. u.a. Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 19; RGRK, § 242 Anm. 1.

(63) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 108 mit Nachw.

(64) Soergel-Siebert, § 242 Anm. 61: "§ 242 ermöglicht und verlangt, daß der Kreis dieser Nebenpflichten in Anlehnung an die ausdrücklich geregelten Pflichten ergänzt wird."; Ähnlich Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 4b; RGRK, § 242 Anm. 23; Erman, § 242 Anm. III 2a.

(65) Vgl. auch Hueck, A, Treugedanke, S. 11; Larenz, Schuldrecht I, S. 106/108.

von Arbeitnehmern das Bestehen einer Beschäftigungspflicht als durch Treu und Glauben geboten erscheinen mag. In diesen Fällen empfiehlt es sich aber, die arbeitgeberische Fürsorgepflicht als mögliche Anspruchsgrundlage heranzuziehen, weil es sich insoweit um einen speziellen Anwendungsfall des in § 242 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes von Treu und Glauben handelt.

Wenn des weiteren Maus (66) zur Begründung der Beschäftigungspflicht auf den Zweck des Arbeitsverhältnisses, den er in der Zuweisung von Arbeit sieht, hinweist, dann kann ihm schon insoweit nicht gefolgt werden. Trotz der personenrechtlichen Bindungen zwischen AN und AG verfolgt auch im Arbeitsverhältnis jeder Vertragspartner seine eigenen Zwecke: Dem AG ist an der Arbeitsleistung zum Nutzen seines Betriebes gelegen, während der AN an der Erlangung vermögenswerter Vorteile zum Zwecke einer angemessenen Lebensführung interessiert ist, wenngleich sich darin der Zweck des Arbeitsverhältnisses nicht erschöpft. Obgleich also der Zuweisung von Arbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses grundlegende Bedeutung zukommt, richtet sich dennoch die Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses danach nicht. Die Zuteilung von Arbeit ist gemäß dem erstrebten Ziele eines jeden Vertragspartners nur Mittel zum Zweck. Ungeachtet dessen vermag Maus auch nicht überzeugend darzulegen, weshalb aus dem Arbeitsverhältnis in der von ihm angenommenen Zweckbestimmung eine Rechtspflicht zur Beschäftigung folgen soll. Jedes Rechtsverhältnis dient der Erreichung irgendeines bestimmten oder doch bestimmbaren Zweckes. Damit ist aber noch nicht der Nachweis geführt, daß der Gläubiger auch verpflichtet ist, die geschuldete Leistung tatsächlich zu fordern. In der Regel besteht jedenfalls

(66) Arbeits- und Sozialrecht, S.223 ff; Handbuch des Arbeitsrechts, S.68 ff; ihm zustimmend Becker, S.39.

eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme der geschuldeten Leistung nicht (67).

Ferner kann Maus nicht gefolgt werden, wenn er die Beschäftigungspflicht aus der allgemeinen Einstellungspflicht - für Maus setzt sich das Arbeitsverhältnis aus einem Verpflichtungsvertrag und einem Erfüllungsgeschäft zusammen (68) - herleitet, und zwar sowohl vom Standpunkt der herrschenden Vertragstheorie als auch vom Boden der Eingliederungstheorie aus.

Nach der zuerst genannten Theorie wird das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis durch den Abschluß des Arbeitsvertrages begründet. Da aber das Arbeitsverhältnis unmittelbare Rechtsfolge des Arbeitsvertrages ist und sich infolgedessen aus der tatsächlichen Einstellung hinsichtlich der Begründung des Arbeitsverhältnisses keine besonderen Rechtswirkungen ergeben, kann eine Pflicht zur Einstellung schon nicht als notwendiger Bestandteil des Arbeitsvertrages bestehen. Fehlt es aber bereits an

(67) So Enneccerus-Lehmann, § 57 II 4, S. 245/46; RGRK, § 293 Anm. 1; Soergel-Schmidt, § 304, Anm. 3; Erman-Groepper, vor § 293 Anm. 2, 5b aa); Palandt-Dankelmann, § 293 Anm. 5 - Anders Becker, S. 49, der behauptet, aus § 397 BGB gehe hervor, der Schuldner habe im allgemeinen einen Anspruch, seine Schuldnerpflicht zu erfüllen, weil eine Schuld nur durch Vertrag, nicht aber durch einseitigen Verzicht des Gläubigers erlassen werden könne. § 397 BGB besagt nur, daß schuldrechtliche Ansprüche, wenn und soweit sie bestehen, allein durch einen Vertrag zum Erlöschen gebracht werden können, nicht aber ist dieser Vorschrift zu entnehmen, daß der Gläubiger zur Geltendmachung seines Anspruches auf die „Leistung verpflichtet ist. § 397 BGB setzt die Existenz eines Anspruches voraus, begründet selbst aber keinen. Vgl. auch Reitmeier, S. 163, der zutreffend darauf hinweist, daß die Beschäftigungsverweigerung keine nach § 397 BGB wirkungslose einseitige Aufhebung der Forderung, sondern nur eine rein tatsächliche Abwicklungsstörung bedeute.

(68) Handbuch des Arbeitsrechts, Begründung des Arbeitsverhältnisses, S. 5 ff.

einer besonderen Pflicht zur Einstellung, dann läßt sich daraus auch keine Beschäftigungspflicht ableiten. Aber selbst vom Standpunkt der auch von Maus vertretenen Eingliederungstheorie ist dessen Ansicht nicht haltbar; denn die Einstellung ist ein selbständiger Vorgang, der weder mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages noch mit der Aufnahme der Arbeit identisch sein muß. Es kann im Einzelfall durchaus so sein, daß der AN zwar bereits eingestellt ist, dennoch aber nicht oder noch nicht effektive Arbeit verrichtet (69). Nachdem Maus aber nunmehr seine bisher geäußerte Meinung, daß die Einstellung mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme zusammenfalle, ausdrücklich aufgegeben hat (70), kann man davon ausgehen, daß er auch seine These von der Ableitung der Beschäftigungspflicht aus der Einstellungspflicht nicht mehr aufrechterhält.

In diesem Zusammenhang muß auch der Ansicht Schnorr von Carolsfelde (71) widersprochen werden, wenn er in den Fällen einer nicht "lebenswichtigen" Beschäftigung fordert, daß der AN seine Leistung einzeln und jedesmal aufs neue anbieten müsse. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum auf die arbeitsrechtliche Beschäftigungspflicht, die doch eine echte Schuldnerpflicht ist, die Grundsätze des Gläubigerverzuges Anwendung finden sollen. Eine derartige Gleichbehandlung würde nur zu einer Verwischung der zwischen Gläubiger- und Schuldnerpflichten bestehenden Unterschiede führen.

(69) Niklsch I, S. 193/94.

(70) Handbuch des Arbeitsrechts, S. 12.

(71) Nachweis und Einzelheiten dazu S. 46.

B Ableitung aus der Fürsorgepflicht

I. Voraussetzung: Interessenlage

1. Allgemeines

Je höher qualifiziert die vom AN zu verrichtende Tätigkeit ist, um so größer wird auch sein Interesse an seiner tatsächlichen Beschäftigung sein. Die Gründe dafür, so vielfältig sie im einzelnen auch sein mögen, sind entweder immaterieller oder materieller Natur. Wenn auch in aller Regel die immateriellen Gesichtspunkte überwiegen werden (71a), so darf doch nicht verkannt werden, daß auch materielle Gründe eine nicht geringe Rolle spielen können. Dieses materielle Interesse ist jedoch nicht mit dem an der Zahlung der vereinbarten Vergütung identisch; denn auch wenn der AG den AN nicht beschäftigt, bleibt ihm der Entgeltsanspruch unter den Voraussetzungen des § 615 BGB erhalten.

Nachfolgend sollen die jeweils für das Beschäftigungsinteresse maßgebenden Gesichtspunkte dargestellt werden.

Ungeachtet eines möglichen Beschäftigungsinteresses muß aber bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß - entgegen einer verschiedentlich geäußerten Ansicht (72) - das Interesse an einer Beschäftigung allein noch keine unmittelbare Rechtspflicht zur Beschäftigung begründen kann. Das Interesse an der Gewährleistung eines subjektiven Rechts schafft ein solches Recht noch nicht. Ein Interesse wird erst zum Recht, wenn seinem Träger von der Rechtsordnung eine Willensmacht verliehen ist,

(71a) Deshalb behandelt das BAG - AP § 11 GKG Nr. 1 - den Beschäftigungsanspruch auch kostenrechtlich als nichtvermögensrechtlichen Anspruch.

(72) So Opet, ArchZivPr. 86, S.162; Kaessler, RdA 1953, S. 309; LAG Frankfurt/M. AP 51 Nr. 178; LAG Kiel ARSt Bd. I Nr. 629; ArbG Rheine ARSt Bd. VIII Nr. 137 - anders dagegen Hueck-Nipperdey I, 3/5. Aufl., S.256; ArbG Mosbach ARSt Bd.V Nr. 11.

sei es nur zum Schutz und zur Abwehr oder zur Durchsetzung. Aber immerhin kommt einem etwaigen Beschäftigungsinteresse im Hinblick auf die Zuerkennung eines entsprechenden Anspruches ausschlaggebende Bedeutung zu.

Zunächst ist zu fragen, ob die Allgemeinheit an der tatsächlichen Beschäftigung des einzelnen AN ein beachtliches Interesse hat.

Der Allgemeinheit kann es nicht gleichgültig sein, ob der einzelne beschäftigungslos ist oder nicht, und zwar aus sozialpolitischen (73), kulturellen (74) und nicht zuletzt aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus. Dienste höherer Art werden regelmäßig als Kulturfaktor eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Für beachtlich hält Beyer (75) auch volkswirtschaftliche Gesichtspunkte und bemerkt dazu, daß eine sozialgestaltete Volkswirtschaft nicht nur darauf bedacht sein müsse, daß der Lohn den versprochenen Arbeitsleistungen entspreche, sondern auch, daß die versprochene Arbeit wirklich geleistet werde. Indessen kann diesen Aspekten in Bezug auf die Anerkennung der allgemeinen Beschäftigungspflicht keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Derartige Arbeitsverhältnisse sind nicht so häufig und meist auch nur von kurzer Dauer. Deshalb darf aber einem Beschäftigungsanspruch nicht jeglicher volkswirtschaftliche Wert abgesprochen werden (76), indem man auf die Gefahr einer volkswirtschaftlichen Schädigung hinweist, die

(73) So auch Beyer, NZfA 1921, Sp. 35; Hamburger, S.26; Lohwasser, S.4; Wilke, S.3 - a.A. Somborn, S.10/11;

(74) So auch Beyer, NZfA 1921, Sp. 35; Hamburger, S.26; Lohwasser, S. 4; Wilke, S.3.

(75) NZfA 1921, Sp.35; ihm folgend Becker, S.46.

(76) Anders Hedderich, S.10; vgl. auch Reitmeier, S.146f, der bezweifelt, daß der generelle Beschäftigungsanspruch überhaupt dem Wohle der Allgemeinheit zu nützen vermag.

dadurch entstehen soll, daß der AG unproduktive Arbeit entgegennehmen müßte. Auch hier gilt im wesentlichen das bereits oben Gesagte: Eine derartige Argumentation erhebt einen volkswirtschaftlichen Grenzfall zum Entscheidungskriterium für den Normalfall. Das aber geht nicht an. Zudem kann auch die Nichtbeschäftigung eines AN volkswirtschaftlich unerwünscht sein, etwa dann, wenn ein AN aus Konkurrenzgründen zwar entlohnt, aber nicht tatsächlich beschäftigt wird (77).

Zum anderen vermag aber auch die Idee der Arbeit als Dienst an Volk und Staat (78) heute nicht mehr als Ausgangspunkt für die Begründung des Beschäftigungsinteresses und eines damit verbundenen Anspruches herangezogen zu werden. Diese Idee ist in der jüngsten Vergangenheit mißbraucht worden. In bewußter Abkehr von totalitären Staatsideen, nach denen dem Menschen in letzter Konsequenz kein Eigenwert zugestanden wird, betonte der Verfassungsgeber von 1949 den Persönlichkeitswert eines jeden Menschen (Artikel 1 und 2 des Bonner Grundgesetzes). Heute steht wieder der Mensch im Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses. Es sind in erster Linie seine berechtigten Interessen, die es im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu wahren und zu fördern gilt. Daß damit zugleich auch die Interessen der Allgemeinheit eine (notwendige) Berücksichtigung erfahren, kann nur begrüßt werden. Dagegen müssen alle Versuche, das Wohl der Allgemeinheit zur Begründung

(77) Vgl. dazu einen vom ArbG Hamburg, ARSt Bd. XXIII Nr. 548, entschiedenen Fall.

(78) So noch Dietz in: Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 2 Anm. 18; Hueck, Dt.Arbeitsrecht, S.121; vgl. dazu insbesondere Vollmer, S.40: "Dem ganzen Volk gegenüber wäre es ein Verbrechen (!), ließe der Betriebsführer die Arbeitskraft brach liegen, die er als Treuhänder des Volkes - gleich dem Bauern, der den Erbhof seiner Familie und dem Volk erhalten muß - verwalten (!) muß."; siehe auch Denecke, RGRK, 10.Aufl. (1953) § 611 Anm. 3.

bestimmter Rechtspositionen innerhalb des Arbeitsverhältnisses heranzuziehen, entschieden zurückgewiesen werden (78a). Es erscheint deshalb auch verfehlt, das Interesse der (seinerzeit) im Aufbau befindlichen Wirtschaft an der tatsächlichen Arbeitsleistung in den Vordergrund der Rechtfertigung der Beschäftigungspflicht zu stellen (79), oder sich auf den Sinn der Gesellschaft, "daß nutzbringende und förderungswürdige Anlagen des Staatsbürgers zum Nutzen und Segen der Allgemeinheit zur Entfaltung kommen (80)", zu berufen.

2. Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers

a. Beschäftigungsinteresse einzelner Arbeitnehmergruppen

aa.

Das Beschäftigungsinteresse der Bühnenkünstler wie das der anderen Künstler, die auf einen unmittelbaren Kontakt zum Publikum angewiesen sind, ist schon früh erkannt worden und war Anlaß, für diese AN-Gruppe einen Beschäftigungsanspruch zu fordern (81). Dabei fallen folgende Erwägungen ins Gewicht: Dem Bühnenkünstler geht es bei der Ausübung seines Berufes oft nicht so sehr - zumindest nicht in erster Linie - um den geldwerten Vorteil seiner Tätigkeit, als vielmehr um die Anerkennung seines künstlerischen Schaffens, um die Möglichkeit, durch Übung seine künstlerischen Fähigkeiten zu erhalten und zu erweitern, um das Bekanntwerden seines Namens und um sein späteres Fortkommen.

-
- (78a) Dieser Tendenz entsprach - wider Erwarten - auch § 67 des Akademie-Entwurfs, vgl. oben S.39.
- (79) So aber ArbG Bremen BB 1949, S.424; Wawretzko, BlStSozArbR 1949, S.86; Giese, Quelle 1953, S.28.
- (80) Kessler, Funktionär 1958, S.112; vgl. auch Becker, S.63.
- (81) Vgl. Opet, ArchZivPr.86, S.155ff; ders., Dt. Theaterrecht, S. 175.

Durch seine Leistung strebt er danach, den Beifall des Publikums zu erwerben. Wie kaum ein anderer lebt der Künstler durch seine schöpferische Tätigkeit; sie bedeutet für ihn Lebenserfüllung und -gestaltung.

Die Leistung des Künstlers ist in besonderem Maße der öffentlichen Kritik ausgesetzt. Vornehmlich an den wirklich dargestellten Rollen wird sich der Theaterunternehmer orientieren, wenn er sich überlegt, ob er einen Künstler weiter im Engagement behält oder ihn dafür erst gewinnen soll. Es ist durchaus üblich, daß die Theaterdirektoren oder Bühnenvermittler mit Hilfe der Spielverzeichnisse die bisherige Tätigkeit des zu engagierenden oder zu vermittelnden Bühnenkünstlers überprüfen, bevor sie eine entsprechende Entscheidung treffen. Ein Bühnenkünstler, der trotz Engagement nicht beschäftigt wird, ist starken künstlerischen, aber auch wirtschaftlichen Gefahren ausgesetzt. Wie ungünstig sich die Nichtbeschäftigung auch auf die seelische Verfassung auszuwirken vermag, kennzeichnet treffend Hebbel (82): "Das ist denn ein Versuch zum moralischen Mord, da eine Künstlerin, die ihre Kräfte ungebraucht ruhen lassen muß, sich bewußt oder unbewußt selbst verzehrt und natürlich auch verliert."

Nicht viel geringer ist das Beschäftigungsinteresse jener Künstler, wie das der Intendanten (83), Regisseure (84), Dramaturgen (85), Bühnenbildner (86),

(82) S. 370.

(83) LAG Gleiwitz ARS 31, S.102 - a.A. Kutzer, S.359; Kaessler, RdA 1953, S.310.

(84) LAG Berlin ARSt Bd. XXVII Nr.288 = WA 1962, S.13, ausführlicher: Entscheidungskalender Nr. 26/1961, S.421 (423f).

(85) A.A. BOSchG 3/48 für einen Chefdramaturgen, bei Riepenhausen, S.92.

(86) BOSchG 2/52, bei Riepenhausen, S. 91.

Ballettmeister (87), Korrepetitoren (88), Bühnenmaler, Maskenbildner (89), Kunstmaler, Bildhauer, Musiker und der Angehörigen anderer künstlerischer Berufe, die keinen unmittelbaren Kontakt zur Öffentlichkeit haben. Ihr Interesse an einer effektiven Arbeitsleistung ist in der Tendenz durchaus mit dem des Bühnenschauspielers oder -sängers vergleichbar (90). Es ist nicht ersichtlich, warum beispielsweise eine Chorsängerin einer Opernbühne ein größeres Beschäftigungsinteresse als ein Cellist eines Symphonieorchesters haben soll (91). Die besonderen Fähigkeiten und Fertigkeiten dieser AN würden verkümmern, wollte man ihnen die tatsächliche Beschäftigung vorenthalten und sie "kaltstellen". Den Künstlern ist nämlich keineswegs, wie Kaessler (92) meint, damit gedient, wenn sie gleichsam immer nur zur "Probe", nur "hinter dem Vorhang" auftreten dürfen; denn die wahre Leistung kann nur erbracht und zutreffend beurteilt werden, wenn der Künstler den üblichen Umweltbedingungen seines Berufes ausgesetzt ist, nicht aber, wenn er außerhalb des Ensembles oder Theaters "übt".

Gegen das Beschäftigungsinteresse der AN künstlerischer Berufe spricht nicht etwa die Tatsache, daß bei ihnen Schadensersatzansprüche wegen Nichtbeschäftigung im Vordergrund ihres Klagebegehrens - 5 von 6 Fällen (93) -

{87} BOSchG 8/34, bei Riepenhausen, S. 91.

{88} BOSchG 3/54, bei Riepenhausen, S. 91.

{89} Vgl. Kaessler, RdA 1953, S.310, der ein besonderes Beschäftigungsinteresse und damit einen Anspruch auf Beschäftigung der genannten u.ä.AN verneint, weil sie ihre berufliche Tätigkeit auch außerhalb des Ensembles ausüben könnten und nicht darauf angewiesen wären, ihre Leistungen vor dem Publikum zu zeigen; ebenso Hedderich, S. 74/75.

{90} Vgl.ArbG Karlsruhe ARSt Bd. VIII Nr.282.

{91} So auch B. Molitor, S.41.

{92} RdA 1953, S. 310.

{93} Vgl. oben S. 13 .

stehen. Bedenkt man, daß es sich in der Regel um einmalige, unwiederholbare Tätigkeiten handelt, oder daß das Engagement in den meisten Fällen (94) bereits ausgelaufen ist, dann haben diese AN gar keine andere Wahl als nur Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

In gleicher Weise wie den Bühnenkünstlern kann auch den beim Film, Rundfunk und Fernsehen beschäftigten AN künstlerischer Berufe ein besonderes Beschäftigungsinteresse nicht abgesprochen werden. Dabei kommt es nicht auf den künstlerischen Wert der Darbietung, sondern allein auf das grundsätzlich den Bühnenkünstlern vergleichbare schutzwürdige Interesse an der Darbietung selbst an (95). Deshalb kann es auch keinen Unterschied machen, ob etwa ein Musiker klassische oder sogenannte leichte Musik im Einzelfall ausübt (96).

Auch wenn für die Filmschaffenden nach dem geltenden Tarifvertrag vom 1. April 1965 ein Beschäftigungsanspruch ausgeschlossen worden ist (97), so lassen sich dennoch zugunsten dieser AN-Gruppe ähnliche Gesichtspunkte wie die oben angeführten ins Feld führen, die deren Beschäftigungsinteresse zu rechtfertigen

(94) Vgl. KG KGBL 1913, S. 30, LAG Gleiwitz ARS 31, S.102; LAG Berlin WA 1958, S.58; ArbG Berlin, Entsch.Kalender Nr. 17/62 (3) S. 266.

(95) Anders Eckstein, S. 110f.

(96) Vgl. ArbG Karlsruhe ARSt Bd. VIII Nr. 282; Wawretzko, BlStSozArbR 1949, S.83; Kaessler, RdA 1953, S.310; Giese, Quelle 1953, S.28; Waechter, Betrieb 1955, S.381; Hedderich, S.76.

(97) Einzelheiten hierzu oben S.88 .

vermögen (98). Daran ändert die Tatsache nichts, daß die Filmschaffenden - anders als die Bühnenkünstler - regelmäßig nicht für ein bestimmtes Fach, sondern für bestimmte Rollen engagiert werden. Auch ist nicht einzusehen, warum das Beschäftigungsinteresse derjenigen Filmschaffenden, die nur für kurze Zeit oder nur für einen Film - wohl der typische Fall - engagiert sind, weniger schutzwürdig sein soll (99). Die Möglichkeit, sich in derartigen Fällen leichter nach einer anderen Beschäftigung umzusehen, besteht zwar, bietet aber für den an einer künstlerischen Tätigkeit Interessierten keinen ausreichenden Schutz (100). Der mögliche Einwand der Filmindustrie, daß wegen der hohen Filmherstellungskosten die Erfüllung des Beschäftigungsverlangens zu einer besonderen Existenzgefährdung führe, vermag nicht recht zu überzeugen. Einmal erfordern nicht alle Filme derart hohe Herstellungskosten. Zum anderen wird man im Interesse aller Beteiligten in derartigen Grenzfällen zum völligen oder teilweisen Wegfall der Beschäftigungspflicht kommen können, ohne deshalb schlechthin für alle Fälle einen solchen Anspruch verneinen zu müssen.

Was bisher von den künstlerischen Berufen gesagt worden ist, gilt entsprechend auch für die große Gruppe der Artisten (101).

bb.

Ebenso läßt sich für AN, deren Wirken vornehmlich öffentlichkeitsbezogen ist und die deshalb in erhöhtem Maße der öffentlichen Kritik ausgesetzt sind, wie etwa

(98) Für einen Beschäftigungsanspruch: Finkelstein, S.53, 56f; Wilke, S.20; Stolzenburg, S.7; Lohwasser, S.27; Kopacz, S.33; Reitmeier, S.76; Hedderich, S.75 - einschränkend: Dienstag-Elster, S.445 - ablehnend: Eckstein, S.108ff; E.Molitor, Dt.Arbeitsrecht (1938), S.114; Goldbaum-Jacoby, S.64.

(99) A.A.Dienstag-Elster, aaO.; Goldbaum-Jacoby, aaO.

(100) Im Ergebnis ebenso Finkelstein, S.53f; Hedderich, S.75f.

(101) So auch ArbG Karlsruhe ARSt Bd.VIII Nr.282; Waechter, Betrieb 1955, S.361; Hedderich, S.76.

Journalisten (102), Redakteure, Rundfunk- und Fernseh-
sprecher, und für AN wissenschaftlicher Berufe, ein be-
sonderes Interesse, durch Beschäftigung die erworbenen
Fähigkeiten zu erhalten, zu erweitern und den Kontakt
zum Publikum zu pflegen, feststellen.

Der Hochschullehrer (103), wie überhaupt ganz allgemein
der Pädagoge, bedarf des ständigen Kontakts zu seinen
Studenten bzw. Schülern. Für einen Pädagogen mit rich-
tiger Auffassung von der Wichtigkeit der Aufgabe, den
Nachwuchs heranzubilden, ist Lehrendürfen und dauernde
Fühlung mit der vorwärtsstrebenden Jugend Lebensbedürf-
nis (104). Für den Arzt (105) ist die tägliche Vorstel-
lung, Beobachtung und Untersuchung des Kranken, durch
die er allein seine vorhandenen Fachkenntnisse und Er-
fahrungen zu erweitern und zu vertiefen, andererseits
neue Erkenntnisse zu gewinnen vermag, ein notwendiges und
unumgängliches Bedürfnis. Ähnlich ist die Interessenlage
beim Apotheker (106). Will er angesichts der laufenden
Neuerscheinungen von Medikamenten und anderen Heilmitteln
sich die für seinen Beruf erforderlichen Fachkenntnisse
bewahren, muß er an seiner tatsächlichen Beschäftigung
interessiert sein. Gleiche Erwägungen gelten im wesent-
lichen auch für Chemiker, Physiker, Ingenieure (107) und
ähnliche AN.

-
- (102) ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd. XV Nr.133, allerdings
machte der Kläger nur einen Anspruch nach § 615 BGB
geltend, so daß die Frage nach dem Bestehen eines
Beschäftigungsanspruches an sich nicht entscheidungs-
erheblich war.
- (103) Siehe IAG Leipzig JW 1938, S.1128 = ARS 32, S.169.
- (104) Vgl. auch IAG Leipzig ARS 45, S.83 (verantwortlicher
Leiter einer privaten Fachschule); IAG München
ARSt Bd.XIII Nr.223; IAG München ARSt Bd.XII Nr.247
=AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 1.
- (105) Vgl. BAG 2, S.221ff; IAG Berlin BB 1955, S.66. IAG
Hamm BB 1959, S.118; OLG (Braunschweig) Bd.33 S.330;
ArbG Braunschweig ARSt 1964/I Nr.50; ArbG Hamm, zi-
tiert bei Waechter, Betrieb 1955, S.361.
- (106) Vgl. ArbG Osnabrück ARSt Bd.VI Nr.390.
- (107) Vgl. ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd.1964/I Nr.194.

Vollends bei überwiegend mit Forschungsaufgaben verbundenen Berufen wird die Nichtbeschäftigung in der Regel nicht nur einen beruflichen Stillstand, sondern zugleich einen beruflichen Rückschritt bedeuten; denn der beschäftigungslose AN kann sich nicht mehr mit den neuesten Forschungsergebnissen und -methoden auf seinem Fachgebiet vertraut machen (108). Zwar sind Fälle denkbar, in denen sich der in der Forschung Tätige auch außerhalb des Arbeitsverhältnisses mit der neuesten Spezialliteratur auseinandersetzen kann. Schwierigkeiten treten aber immer dann auf, wenn die Fachliteratur dem AN nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zugänglich ist oder kostspielige Versuchsreihen durchgeführt werden müssen.

Ferner sind die AN mit geisteswissenschaftlicher Ausbildung an ihrer Beschäftigung interessiert. Es ist beispielsweise für einen Psychologen nicht damit getan, daß er sich nur dem Studium der neuesten Fachliteratur widmet, wenn ihm nicht zugleich die praktische Anwendung durch Beratungen, konkrete Untersuchungen u. ä. gegeben wird.

cc.

Auch alle AN mit besonderer beruflicher Vorbildung und mit speziellen Fertigkeiten haben ein besonderes Interesse an ihrer tatsächlichen Beschäftigung. Sie wollen sich ebenso wie die bisher genannten AN-Gruppen in ihrem erlernten Beruf betätigen, um ihre Geschicklichkeit, Findigkeit und Umsicht zu erhalten, diese fortzubilden und zu erweitern. Ihr Beschäftigungsinteresse ist um so verständlicher, als es die moderne Technik mit sich gebracht hat, daß der Arbeitsprozeß einer weitgehenden

(108) Vgl. dazu LAG Leipzig ARS 32, S.161 (168); Kaskel-Dersch, S.199.

Spezialisierung und Differenzierung unterworfen ist, der AN mit Spezialkenntnissen erfordert. Der mit solchen Spezialaufgaben betraute AN verliert aber immer mehr die Übersicht über die Mannigfaltigkeit der einzelnen Arbeitsvorgänge innerhalb des eigenen Wirtschaftszweiges und wird dadurch in eine neue Abhängigkeit, in die des Spezialisten, gedrängt. Bleibt er ohne oder ohne ausreichende Beschäftigung, dann werden sich seine - einseitigen - Fähig- und Fertigkeiten vermindern. Und nicht selten macht sich dieser Umstand dann auch in einer Minderung seines Einkommens bemerkbar. Unter diesen Gesichtspunkten ist etwa ein Beschäftigungsinteresse für leitende Angestellte (109), andere Angestellte (110), aber auch für Arbeiter mit abgeschlossener Berufsausbildung zu bejahen. Insoweit zwischen Angestellten und Arbeitern einen Unterschied zu machen, wäre angesichts der fortschreitenden rechtlichen Angleichung zwischen beiden Arbeitnehmergruppen und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß auch die Tätigkeit als Facharbeiter besondere Kenntnisse und Fertigkeiten erfordert, nicht gerechtfertigt.

-
- (109) Vgl. BGHZ 8, S. 35 (45f): Geschäftsführer einer KG; LAG Hamm ARSt Bd. I Nr. 274: langjähriger Hafenmeister; LAG Frankfurt/M. AP 51 Nr. 178: Abteilungsvorsteher; LAG Frankfurt/M. ARSt Bd. VI Nr. 512: Verwalter zweier Güter; ArbG Husum ARSt Bd. XVII Nr. 129: Jugendleiterin und Kindergärtnerin; ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd. XVI Nr. 354: Schul- und Stadtrat - anders noch RG JW 1903, Beil. S. 16: Geschäftsführer eines Zigarrengeschäfts; OLG (Breslau) Bd. 22, S. 295: Angestellter in besonderer Vertrauensstellung und Mitglied im Vorstand eines eingetr. Vereins; LAG Leipzig ARS 45, S. 105: Geschäftsführer einer eingetragenen Genossenschaft; LAG Stuttgart AP 51 Nr. 177: Werkmeister; LAG Hamburg ARSt Bd. VIII Nr. 668: Bezirksleiter mit mehr als dreißigjähriger Dienstzeit; ArbG Husum ARSt Bd. V Nr. 582: Leiter einer AOK.
- (110) Vgl. BAG NJW 1964, S. 1918 (1920): Croupier; ArbG Karlsruhe ARSt Bd. VIII Nr. 282 und ArbG Hamburg ARSt Bd. XXIII Nr. 548: kaufmännische Angestellte; ArbG Offenburger ARSt Bd. XI Nr. 623: Graphikerin; KaufmannsG Mannheim Gew. u. KfmG 1907, Sp. 84: Handlungsgehilfe.

b. Zum Beschäftigungsinteresse eines jeden Arbeitnehmers

Jede auf die Dauer angelegte Arbeit beeinflusst als typische soziale Massenerscheinung maßgeblich das Leben des einzelnen Menschen. Die Arbeit wird zur Bedingung des Lebens, verbringen doch auch heute noch die meisten Menschen die längste Zeit des Tages bei ihrer Arbeit. So ist, soziologisch betrachtet, der Arbeitsraum des Menschen zum Teil seines Lebensraumes geworden. Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sucht der AN nicht nur die Möglichkeit, sich "sein Brot zu verdienen", sondern er trachtet auch danach, durch tätiges Schaffen seinen Daseinssinn zu erfüllen (111).

Auch erscheint es in diesem Zusammenhang angebracht, auf die mit einer Nichtbeschäftigung verbundenen möglichen seelischen Belastungen hinzuweisen, die in den Fällen von eigentlicher Arbeitslosigkeit, Kriegs- und Zivilgefangenschaft besonders deutlich werden. Den arbeitslosen Menschen bedrückt zwar in erster Linie der fehlende volle Verdienst und die mit der Arbeitslosigkeit verbundene wirtschaftliche Unsicherheit, aber auch die Tatsache, daß er seiner gewohnten beruflichen Beschäftigung nicht nachgehen kann. In keinem wesentlich anderen Licht zeigt sich das Beschäftigungsverlangen der von einem Zwangsaufenthalt ohne Beschäftigungsmöglichkeit Betroffenen. Erfahrungsgemäß widmen sie sich in derartigen Situationen meist mit besonderer Hingabe einer ihnen angebotenen Beschäftigung (112).

Kaum zu unterschätzen ist weiterhin der Einfluß der Beschäftigung auf die Arbeits- und damit auf die Lebensfreude des AN. Die Freude über ein erreichtes Arbeits-

(111) Vgl. auch Erman-Küchenhöff, vor § 611 Vorb.la/b u. § 611 Anm.6bB; Grub ArbR-Blattei unter B; Hessel, Soziales Arbeitsrecht, S. 10 - a.A. Hedderich, S.58.

(112) Vgl. auch Heydemann, Mensch u. Arbeit 1959, S.56.

ergebnis, die vollbrachte tägliche Arbeit, schafft innere Befriedigung und wirkt sich günstig auf die Einstellung des AN zu seinem Beruf oder ganz allgemein zu seiner Tätigkeit aus. Darüber hinaus wird der AN, der einer geregelten und sinnvollen Beschäftigung nachgeht, in den Stand versetzt, besser mit den Widerwärtigkeiten des Alltages fertig zu werden. Oft erweist sich die Beschäftigung dann als ein wirksames Mittel zur Überwindung innerer und äußerer Konflikte, indem sie Ablenkung verschafft. Deshalb spricht man gelegentlich nicht ohne Grund sogar von einer Beschäftigungstherapie. Demgegenüber läßt sich nicht überzeugend einwenden (113), daß derjenige, der wolle, sich auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses beschäftigen könne. Nicht jeder ist in der Lage, sei es objektiv oder subjektiv, sich selbst eine gleichwertige, ihn ausfüllende Beschäftigung zu verschaffen. Vielfach sind es gerade die Umweltsbedingungen, unter denen er sonst seiner Beschäftigung nachgeht, die nicht oder nur schwer zu ersetzen sind. Es macht gewiß einen Unterschied, ob sich der Betreffende selbst überlassen ist, oder ob er im Kreise seiner Mitarbeiter die äußeren und inneren Widerstände zu überwinden sucht.

Ferner darf nicht außer Betracht gelassen werden, daß die Nichtbeschäftigung von den AN als ehrverletzend angesehen werden kann (114). Einerseits sieht sich der

(113) Anders Reitmeier, S.146.

(114) So auch Hueck-Nipperdey I, S.383; Nikisch I, S.513; Soergel-Siebert, § 611 ANm.186; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S.138; Hessel, BlStSozArbR 1951, S.27; Reitmeier, S.242; IAG Stuttgart AP 51 Nr.177; IAG München AB1 Bay ArbMin 1954 C 44; LG Elberfeld RArbBl 1927 (Sonderheft 41); vgl. auch ArbG Stade AP 53 Nr.100. Dagegen muß Vollmers Äußerung, S.32, wonach die Nichtbeschäftigung ganz allgemein "dem Ehrgefühl des deutschen Menschen" widerstreite, als nationalsozialistisch beeinflusst, auf Ablehnung stoßen. Eine Ehrverletzung bezweifelt dagegen Hedderich, S.44, im Anschluß an Wieczorek, Anm. zu BAG AP § 11 GKG Nr. 1.

betroffene AN zum "bezahlten Nichtstuer" gestempelt, andererseits kann bei den Arbeitskollegen, denen die wahren Zusammenhänge meist unbekannt sein werden, der Eindruck entstehen, daß bei dem von der Nichtbeschäftigung betroffenen AN irgend etwas nicht stimmen könne, daß er sich gewiß etwas habe zuschulden kommen lassen (115). So kann durch die Nichtbeschäftigung die persönliche Geltung des AN in der durch den Betrieb umgrenzten Gemeinschaft Schaden nehmen und in solchen Fällen durchaus einem Ausschluß aus der Betriebsgemeinschaft gleichkommen.

Dem Problem eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches wird man hingegen nicht durch die Bemerkung (116) gerecht, daß der AN in aller Regel auch ohne jeden Beschäftigungsanspruch damit rechnen könne, vom AG in dessen eigenstem Interesse beschäftigt zu werden. In der praktischen Konsequenz geht es bei der Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches doch gerade um die von der "Regel" abweichenden Fälle.

Schließlich kann es bei der Prüfung eines allgemeinen Beschäftigungsinteresses gewiß auch nicht darauf ankommen, ob der einzelne AN sein Beschäftigungsinteresse in vollem Umfange erkannt hat. Entscheidend ist vielmehr das Vorhandensein objektiver Gründe, die eine tatsächliche Beschäftigung zu rechtfertigen vermögen. Erfahrungsgemäß interessieren sich sehr viele AN für derartige Fragen erst dann, wenn sie unmittelbar von einer Nichtbeschäftigung betroffen werden. Und so geht der Hinweis (117), man solle sich in diesen Fragen nicht zum Vormund der AN aufspielen, am Kern des Problems vorbei.

(115) Auf diesen Gesichtspunkt wies ein AN (Apotheker) in einem Rechtsstreit vor dem ArbG Osnabrück, ARSt Bd.VI Nr. 390, hin.

(116) Reitmeier, S. 145.

(117) Hedderich, S. 60.

Trotz der Erheblichkeit der bisher angeführten Gründe muß aber in Zweifel gezogen werden, daß schlechthin und von vornherein für jeden AN ein beachtliches Beschäftigungsinteresse besteht. Es läßt sich gar nicht leugnen - daraus ist dem AN keineswegs ein Vorwurf zu machen -, daß im Vordergrund des arbeitnehmerischen Interesses das Streben nach geldwerten Leistungen steht. Auch ist an sich von seiten des AN wohl kaum etwas dagegen einzuwenden, daß er die vereinbarte Vergütung erhält, ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen. Es ist nicht recht einzusehen, weswegen etwa ein am Fließband mit mechanischen, sich ständig wiederholenden Arbeiten beschäftigter AN an einer tatsächlichen Beschäftigung interessiert sein soll. Er wird vielmehr froh sein, sich der Eintönigkeit der Arbeit entziehen zu können, gleichwohl aber den Lohn zu erhalten. Gerade bei AN, die einfache Arbeiten verrichten, die schon nach kurzer Anlernzeit ausgeführt werden können und die keine besondere Vor- und Ausbildung erfordern, zeigt sich deutlich, daß diese AN regelmäßig nur am Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses und an der Zahlung der vereinbarten Vergütung interessiert sind. So sah beispielsweise ein Arbeiter einer mechanischen Schlauchweberei (118), der sein Arbeitsverhältnis gekündigt und auf dessen Dienste der AG für die restlichen 6 Tage unter Fortzahlung des Lohnes verzichtet hatte, in der Dienstbefreiung eine fristlose Entlassung. Er klagte jedoch nur auf Feststellung, daß die - wie er meinte - fristlose Entlassung zu Unrecht erfolgt sei. Ebenso lag ein vom IAG Gleiwitz am 24. April 1935 (119).

(118) Vgl. ArbG Rheine ARSt Bd. VIII Nr.137, aber nur teilweise veröffentlicht.

(119) ARS 24, S.158.

entschiedener Fall nur mit dem Unterschied, daß hier der AG die Kündigung des Arbeiters ausgesprochen hatte. In allen anderen insoweit untersuchten Streitverfahren, in denen bei AN mit einfacher Tätigkeit das Problem eines Beschäftigungsanspruches als entscheidungserheblich angesehen worden ist, wurden dagegen in Wahrheit nur Lohnansprüche (120) oder entsprechende Surrogate (121) geltend gemacht. Auf die Frage nach dem Vorhandensein eines beachtlichen Beschäftigungsinteresses kam es deshalb letztlich nicht an. Nur ein Urteil des ArbG Wilhelmshaven vom 15. Juni 1956 (122) macht davon anscheinend eine Ausnahme. Im Vorprozeß waren die Parteien vergleichsweise übereingekommen, daß das fristlos gekündigte Arbeitsverhältnis fortbestehen solle. Gleichwohl lehnte der Beklagte das Arbeitsangebot der Klägerinnen ab. Die Klägerinnen - zwei Stopferinnen - beantragten nun im zweiten Prozeß festzustellen, daß eine Pflicht zu ihrer Beschäftigung bestehe. Wenn auch der Antrag seinem Wortlaut nach allein auf die tatsächliche Beschäftigung der Klägerinnen gerichtet war, so ist doch den Prozeßakten zu entnehmen, daß die Klägerinnen in erster Linie an der Weiterzahlung ihres Lohnes interessiert waren.

Selbst einige der schwerbeschädigten AN (123) und Betriebsratsmitglieder (124), die nur einfache Arbeiten zu verrichten hatten, beschränkten ihre Klageanträge auf die Zahlung der ihnen zustehenden Vergütung.

-
- (120) LAG Baden ARSt Bd.VI Nr.16, nur teilw.veröffentlicht; GewG 1902,Sp.228; ArbG Wilhelmshaven AuR 1962, S.90.
- (121) RAG ARS 1,S.66: Urlaubsabgeltung; RAG 5,S.263: Beibehaltung einer Schiffskajüte.
- (122) WA 1956,S.188,aber nur auszugsweise veröffentlicht.
- (123) Vgl.RAG JW 1928,S.3067:Bergeklaubler am Leseband; LAG Leipzig DJ 1938, S.1076: Hofarbeiter; LAG Groß-Berlin AP 51 Nr.43: Bahnhofsschaffner; LAG Düsseldorf BB 1959, S.1249: Botengänger; wohl auch RAG ARS 20,S.8: Pfortner.
- (124) LAG Frankfurt/M. BB 1949, S.692: Hilfsarbeiter, aber nur auszugsweise veröffentlicht; wohl auch LAG Bremen AP 51 Nr. 40; Hilfsarbeiter.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß - entgegen der überwiegenden Meinung - für AN ohne besondere Vor- und Ausbildung in aller Regel ein erhebliches Beschäftigungsinteresse nicht schlechthin vorhanden ist. Nicht jede Nichtbeschäftigung eines jeden AN führt notwendig zu den nachteiligen Folgen, wie sie oben angedeutet worden sind. Wäre das Gegenteil der Fall, so wäre dies von den betreffenden AN schon einmal selbst in irgendeiner Form dargetan worden. Freilich können auch bei dieser Arbeitnehmer-Gruppe im Einzelfall die oben für ein Beschäftigungsinteresse sprechenden Gründe vorliegen und beachtlich sein. Es ist gar nicht zu leugnen, daß im Einzelfall auch für diese Arbeitnehmer beachtliche Gründe vorliegen können, die ein beachtliches Beschäftigungsinteresse erkennen lassen.

II. Fürsorgepflicht

Nachfolgend soll untersucht werden, ob sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und insbesondere aus der Fürsorgepflicht des AG ein Beschäftigungsanspruch ableiten läßt. Dabei wird es sich als nützlich erweisen, zunächst die menschliche Arbeitskraft und deren Bewertung im Hinblick auf die etwaige Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

1. Bewertung der menschlichen Arbeitskraft

Sieht man die Arbeitskraft - das ist in diesem Zusammenhang die Fähigkeit des Menschen, eine Arbeitsleistung zu erbringen - losgelöst von der Person des AN, dann kann man von der Arbeit als vertauschbare, meßbare, uniforme Kraft, kurz von der Arbeitskraft als Ware oder Handelsgegenstand sprechen. Die Arbeitskraft wäre dann rein äußerlich, vom wirtschaftlich möglichen Erfolg her bestimmt, entpersonalisiert und in die ausschließliche Sphäre materieller Werte gerückt, so daß man von der

Arbeitskraft als dem "Hauptkapital" des AN - dem Sacheigentum vergleichbar - sprechen könnte. Daß eine solche, vornehmlich an wirtschaftlichen Belangen orientierte Wertung bis in unser Jahrhundert hinein auch im Arbeits- bzw. Dienstrecht vorherrschend war, zum Teil sogar heute noch anzutreffen ist (125), ist hinreichend bekannt.

Eine Betrachtung, wie die eben angedeutete, erkennt den Zusammenhang, der zwischen der Arbeitskraft und dem AN als Persönlichkeit einerseits und deren Integration in den Betrieb als der Stätte der regelmäßigen Betätigung andererseits besteht. Die Persönlichkeit des AN und seine Arbeitskraft können nicht von einander getrennt werden (126); sie bilden eine unlösbare lebendige Einheit. Ihrem Wesen nach ist die Arbeitskraft eine auf Entfaltung, Steigerung und Höherentwicklung angelegte Kraft, die aktiviert wie im Zustand erzwungener Inaktivität, den Menschen unmittelbar in seinem Persönlichkeitsgehalt berührt. Die Arbeitskraft erscheint als immanenter Bestandteil der Persönlichkeit und genießt somit den Schutz der Rechtsordnung.

Gleichwohl wird zu fragen sein, ob in Bezug auf die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches die einzelnen Arbeitsleistungen der in einer Betriebsgemeinschaft zusammenwirkenden AN in jedem Falle gleich zu bewerten und

-
- (125) Etwa bei Mokre, S.32ff; vgl. auch Hedderich, S.47f, der in der Arbeit in erster Linie ein wirtschaftliches Gut sieht, das neben anderen Produktionsfaktoren, wie Kapital, Rohstoffe und Boden, stehe.
- (126) Vgl. dagegen Rosenstock, S.70, der nur die Arbeitskraft, nicht aber den AN als schutzwürdig ansieht.
- (127) Siehe auch Herschel, Vom Arbeitsschutz zum Arbeitsrecht, S.309; Schnorr v. Carolsfeld, S.21.

gleich schutzwürdig sind, wie das die Befürworter eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches selbst für AN, die nur unbedeutende mechanische oder schlechthin untergeordnete Tätigkeiten ausüben, annehmen (128). In der Tat käme eine unterschiedliche, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung einzelner AN-Gruppen einer Disqualifizierung der einzelnen Arbeitsleistung und damit einer Diskriminierung des einzelnen AN als Persönlichkeit gleich. Wenn nämlich die Arbeit als Beruf für jeden AN denselben Wert und dieselbe Würde haben sollte (129), dann verstieße die unterschiedliche Behandlung der menschlichen Arbeitskraft gegen den auch im Arbeitsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz (130).

Es kann im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben, wie der auch auf die allgemeinen vertraglichen Ansprüche des Arbeitsverhältnisses ausstrahlende Gleichbehandlungsgrundsatz dogmatisch zu begründen ist (130), ob er auf dem allgemeinen Gebot jeder Gerechtigkeit beruht, gleiches gleich zu behandeln, oder unmittelbar auf Artikel 3 GG, oder aber auf der Fürsorgepflicht des AG, oder

-
- (128) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, vor § 611 Vorb.295 u. § 611 Anm.265; Wawretzko, BlStSozArbR 1949, S.86; Hessel, BlStSozArbR 1951, S.27; Grub, ArbR-Blattei unter B; Hacker, S.51; Sternberg, S.16; Röhsler, Betrieb 1958, S.1463; auch BAG 2, S.221ff; ArbG Wilhelmshaven WA 1956, S.188 - anders Schmaltz, S.74; Reitmeier, S.251; LAG Baden ARSt Bd.IV Nr.16.
- (129) So BVerfG 7, S.377 (397); wohl hinsichtlich der Nichtbeschäftigung auch Hubmann, S.145ff; ähnlich Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil, § 101 II Anm.21.
- (130) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey I, S. 417ff mit Nachw.; Nikisch I, S. 498ff; ausführlich Götz Hueck, S.58ff.

endlich auf der Generalklausel des § 242 BGB. Jedenfalls ist unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessenlage bei den einzelnen AN-Gruppen in der verschiedenen Bewertung der Arbeitskraft im Hinblick auf einen etwaigen Beschäftigungsanspruch ein Verstoß gegen die materiellen Grundsätze des Prinzips der Gleichbehandlung nicht zu erblicken. Eine insoweit unterschiedliche Bewertung der Arbeitskraft läßt sich aus der Art der ausgeübten Tätigkeit rechtfertigen. Es entspricht durchaus den Anschauungen der Praxis, eine Arbeitsleistung, die nur erbracht werden kann, wenn der AN über eine besondere Berufsausbildung verfügt, höher zu bewerten als eine rein mechanische, die keine besondere Vor- und Ausbildung voraussetzt. Wie die Auswertung der im einzelnen untersuchten Gerichtsentscheidungen ergibt, sehen die hier in Frage kommenden AN offenbar darin selbst keine Diskriminierung. Freilich kann im Einzelfall auch die Tätigkeit eines mit einfachen Arbeiten beschäftigten AN für diesen genau wie die geistige Arbeit für den geistig Schaffenden zum Lebensinhalt werden und eine andere Bewertung rechtfertigen.

2. Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Rechtsverhältnis

Die Arbeitskraft als Bestandteil der Persönlichkeit findet ihre Wesenserfüllung regelmäßig im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Während bei den sachbezogenen Geschäften äußere Dinge, wie Ware und Geld, im Vordergrund des Interesses stehen, erfaßt das Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Rechtsverhältnis, ohne deshalb einer gewissen Austauschfunktion zu entbehren (131), den AN unmittelbar in seiner ganzen Person.

(131) Vgl. BAG 8, S.143 (146).

Die besondere Eigenart der Beziehungen zwischen AN und AG zeigt sich deutlich in der heute herrschenden Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses. Danach ist das Arbeitsverhältnis ein auf gegenseitiger Treue beruhendes personenrechtliches oder doch personenbezogenes Verhältnis (132), das auf Seiten des AN diesen zum Einsatz für die Interessen des AG entsprechend dem Zweck des Arbeitsverhältnisses und auf Seiten des AG diesen zur Lohnzahlung und Fürsorge gegenüber dem AN verpflichtet.

Immer mehr zeichnet sich im Arbeitsrecht die Tendenz ab, den AN als mitverantwortlichen Träger der betrieblichen Arbeit, als Mitarbeiter anzuerkennen und ihn dementsprechend zu behandeln. Jedenfalls kann heute die frühere Vorstellung, daß die personenrechtliche Struktur eines Rechtsverhältnisses mit der unmittelbaren Unterwerfung einer Person unter die Herrschaft einer anderen verbunden sei (133), als überholt angesehen werden. Wenn auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ein Teil der Persönlichkeitssphäre des AN vom AG beherrscht wird, so ist die Person des AN deshalb noch nicht Objekt des Rechtsverhältnisses (134). Vielmehr beruhen die für das Arbeitsverhältnis charakteristischen personenrechtlichen Beziehungen auf dem Gedanken der Gleichberechtigung von AG und AN. Aber trotz dieser weitgehend anerkannten Gleichberechtigung

(132) Statt vieler Hueck-Nipperdey I, S.129 m.N.; Nikisch, I, S.169.

(133) So Otto v. Gierke, Dt.Privatrecht, Bd.I, S.261, 660ff; ähnlich Sinzheimer, S.11ff; vgl. auch Reitmeier, S.171, der das Kennzeichnende des personenrechtlichen Arbeitsverhältnisses darin sieht, daß der AN der Befehls- und Herrschaftsgewalt des AG unterworfen sei. Einem so verstandenen Wesen könne begrifflich eine Beschäftigungspflicht nicht entnommen werden; denn sie würde die Anerkennung des AN als gleichberechtigtes Rechtssubjekt bedeuten.

(134) Hueck-Nipperdey I, S.130 mit Nachw.

beider am Arbeitsleben beteiligten Parteien kann eine gewisse soziologische und wirtschaftliche Ungleichheit von AG und AN nicht in Zweifel gezogen werden. Es ist der AN, der - schon rein äußerlich - in den Arbeits- und Lebensbereich des AG eingeordnet ist, dem der AG die Produktionsmittel anvertraut, nicht umgekehrt. Die mit der betrieblichen Eingliederung verbundene persönliche Unterordnung des AN unter das Weisungsrecht des AG führt dazu, daß der AN seine eigenen Interessen weitgehend hinter die des Betriebes stellen muß.

Der AN stellt einerseits durch seine Arbeitsleistung dem AG nicht nur einen wirtschaftlichen Wert zur Verfügung, sondern bringt in den betrieblichen Arbeitsprozeß auch ein Stück seiner Persönlichkeit in Gestalt seines Könnens und Fleißes, seiner Fähigkeiten, Begabungen und Ausdauer mit. Andererseits muß er aber die persönliche Unterordnung unter die Weisungsbefugnis des AG mit den sich daraus ergebenden Einschränkungen für seine Lebensgestaltung in Kauf nehmen. Deshalb tritt neben die Pflicht zur Entlohnung die Verpflichtung des AG, den AN zu schützen und ihm im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Fürsorge angedeihen zu lassen (135). Wie die Dienstleistungspflicht des AN und die Pflicht des AG zur Zahlung der vereinbarten Vergütung dem Arbeitsverhältnis weseneigen sind, so trifft das in gleicher Weise für die gegenseitige Treupflicht zu (136), die für den AG als Pflicht

(135) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S.390; Bobrowski-Gaul, S.285; Stecher, RdA 1961, S.263; BAG AP § 611 BGB Nr. 27 Fürsorgepflicht.

(136) Hueck-Nipperdey I, S.390ff; Nikisch I, S.470f; Bobrowski-Gaul, S.240.

zur Fürsorge für die Person und die Interessen des AN in Erscheinung tritt. Wenn und soweit dem AN neben dem Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis ein weiterer, gesetzlich nicht normierter, von vertraglicher Vereinbarung unabhängiger auf tatsächliche Beschäftigung gerichteter Anspruch zustehen soll, dann kann ein solcher Anspruch insoweit nur in der Fürsorgepflicht des AG wurzeln. Dann jedoch geht es nicht an, einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch unter Betonung der Treupflicht zwar aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses abzuleiten, aber gleichzeitig die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht als mögliche Anspruchsgrundlage abzulehnen (137). Ebensowenig kann (138) man in der Fürsorgepflicht die Grundlage für eine Beschäftigungspflicht sehen wollen, zugleich aber die Auffassung vertreten, daß die generelle oder besondere Beschäftigungspflicht nicht unmittelbar aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses herzuleiten sei. Vielmehr folgt die arbeitgeberische Fürsorgepflicht gerade aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Sie gehört zu dessen wesentlichem Inhalt, auch wenn der Umfang der Pflicht und damit der Grad der Rücksichtnahme weitgehend von den Umständen des Einzelfalles bestimmt wird.

Hingegen wird man in Abweichung von Hedderich (139) einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch auf der Grundlage der Fürsorgepflicht nicht schon deshalb ablehnen

(137) Anders Schniedermann, S.39.

(138) So Reitmeier, S.170ff, 178ff, 201ff - jedenfalls wenn man wie Reitmeier meint, die Beschäftigungspflicht enthalte den ersten Schritt zur Beseitigung des für die Personenrechtsnatur des Arbeitsverhältnisses entscheidenden Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnisses.

(139) S. 47ff, insbes. S. 49.

können, weil die Gewährung eines solchen Anspruches einen wesentlichen Eingriff in das Recht des AG darstelle, den Betrieb zu leiten. Dieser Eingriff sei, so meint Hedderich (140), deshalb unbillig, weil dem AG nicht gleichzeitig auch die Verantwortung und das Risiko abgenommen würden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß sich nicht einmal die Befürworter eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches für eine schrankenlose Beschäftigungspflicht ausgesprochen haben. Gerade die von Hedderich geäußerte Befürchtung, ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch könne ungerechtfertigt in die betriebliche Verantwortungssphäre des AG einbrechen, findet auch in Lehre und Rechtsprechung insofern Berücksichtigung, als dieser Gesichtspunkt mit die Grenzen des Beschäftigungsanspruches bestimmt. Die zweifellos vorhandenen wirtschaftlichen Gefahren, so die Gefahr einer ungerechtfertigten Kontrolle der dem AG zustehenden Leitung seines Unternehmens (141) ließen sich bei einer vernünftigen Grenzziehung auf ein Minimum reduzieren. Soweit demgegenüber Hedderich (142) hervorhebt, daß keine Klarheit darüber bestehe, welche Gründe als wichtig genug angesehen werden müßten, um den AG im Einzelfall von der Beschäftigungspflicht zu befreien, so ist das insofern richtig, als man in der Tat darüber im konkreten Fall unterschiedlicher

{140} S.47ff; ähnlich Reitmeier, S.220.

{141} Vgl. Hueck-Nipperdey I, S.383.

{142} S.53.

Meinung sein kann. Das würde zur Ablehnung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches aber nicht ausreichen. Noch ist wohl niemand auf den Gedanken gekommen, beispielsweise das Recht zur außerordentlichen Kündigung, gleichgültig zu wessen Gunsten, deshalb in Frage zu stellen, weil es einmal zweifelhaft sein kann, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Der Vorzug einer Generalklausel wie der eines unbestimmten Rechtsbegriffes besteht unumstritten darin, die Vielfalt des Lebens besser erfassen und dem Einzelfall besser gerecht werden zu können. Das erkennt letztlich auch Hedderich (143), wenn er darauf hinweist, daß der Organismus des Betriebes viel zu sensibel und der Ablauf des betrieblichen Geschehens viel zu differenziert sei, als daß es möglich wäre, sich in dieser Hinsicht genau festzulegen.

Ferner müßte ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch nicht deshalb verneint werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß ein solches Recht mißbraucht werden kann (144). Diese Gefahr besteht bei jedem Recht. Indem Hedderich befürchtet, daß die Anerkennung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches dem Mißbrauch Tür und Tor öffnen müßte, erhebt er unzulässigerweise die Mißbrauchsmöglichkeit eines Rechts zum Maßstab für dessen Anerkennung. Zudem dürfte, wollte man einmal den Ausführungen Hedderichs (145) über die außerordentlich geringe praktische Bedeutung der Beschäftigungspflicht folgen, die Gefahr des Mißbrauchs absolut gering sein.

(143) S.54.

(144) Anders Hedderich, S.17, 54; ähnlich Reitmeier, S.221; vgl. auch Somborn, S.50; Citron-Hessel, S.53.

(145) S.13ff.

Ebensowenig überzeugt der Hinweis, der Nachweis des Interesses an der Nichtbeschäftigung bedeute eine gewaltige Beanspruchung des Richters, wenn er die Berechtigung einer organisatorischen Maßnahme des AG überprüfen oder den wirtschaftlichen Wert einer Arbeitsleistung beurteilen solle (146). Zwar mag die richterliche Urteilsfindung im Einzelfall mit großen Schwierigkeiten in sachlicher oder rechtlicher Hinsicht verbunden sein. Aber es gibt eine Vielzahl komplizierter vom Richter zu treffender Entscheidungen.

Ogleich die zuletzt angeführten Argumente nicht gegen die Ableitung eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches aus der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht sprechen, so könnte ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch doch nur dann anerkannt werden, wenn der Nachweis gelingt, daß aus der Fürsorgepflicht unabhängig vom Einzelfall für jeden AN ein solcher Anspruch folgt.

Nach wohl überwiegender Meinung (147) kann der Fürsorgegrundsatz, soweit er keine spezielle gesetzliche Ausgestaltung erfahren hat, die Wirkung einer selbständigen Anspruchsgrundlage haben. Das setzt aber voraus, daß der AG nach den das Arbeitsleben beherrschenden Anschauungen eine entsprechende Pflicht entweder allgemein oder bei besonderer Sachlage auf sich nehmen muß (148). Reitmeier (149) zufolge soll für die Annahme einer herrschenden Anschauung genügen, wenn mit Sicherheit feststehe, daß eine entsprechende, an den verständigen AN gerichtete oder den seiner sozialen Verantwortung bewußten AG gerichtete Frage ohne Zögern bejaht werde.

Sieht man einmal von der als überspitzt abzulehnenden Voraussetzung einer bejahenden Antwort "ohne Zögern" ab,

(146) Hedderich, S.54.

(147) Vgl. Nikisch, I 483f; weitere Nachweise bei Reitmeier, S.178 Anm.137.

(148) Nikisch I, S.483; ähnlich Stecher, RdA 1961, S.264; "nach allgemeiner Rechtsüberzeugung notwendig zum Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses gehören".

(149) S.182.

so muß schon in Zweifel gezogen werden, daß nach den herrschenden Anschauungen des Arbeitslebens eine Beschäftigungspflicht für schlechthin jeden AN bejaht werden kann. Daß demgegenüber die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung auf einem anderen Standpunkt steht, ist insoweit ohne Belang. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, daß trotz dieser Rechtsprechung und trotz der überwiegenden Ansicht im Schrifttum ein, wenn auch nur latentes, aus der allgemeinen Anschauung der am Arbeitsleben beteiligten Kreise hervorgehendes Bewußtsein vorhanden ist. Wohl hat der Hauptvorstand der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft, der immerhin am 30. September 1964 einen Mitgliederbestand von 475 415 (150) hatte, auf Anfrage (151) mitgeteilt, daß er einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch bejahe. Bedenkt man aber, daß nur ein Teil der AN gewerkschaftlich organisiert ist, der DAG auch hauptsächlich nur Angestellte angehören, für die ohnehin in den meisten Fällen ein Beschäftigungsanspruch anerkannt werden kann und daß keineswegs feststeht, ob sich die geäußerte Ansicht mit den Anschauungen aller betroffenen AN deckt, dann wird man insoweit dieser Äußerung keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen können. Die im wesentlichen selben Einwendungen sind gegen die von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände abgegebene Stellungnahme (152) zu erheben, in der unter ausdrücklichem Hinweis auf den Kommentar von Staudinger (153) eine allgemeine Beschäftigungspflicht bejaht wird. Angesichts der oben dargestellten Interessenlage bei den einzelnen Arbeitnehmer-Gruppen und der Tatsache, daß

(150) Statistisches Jahrbuch, S.171.

(151) Schreiben an den Verfasser vom 5.u.24.Juli 1963.
Eine Antwort des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes steht noch aus.

(152) Schreiben an den Verfasser vom 24.Juli 1963.

(153) Staudinger-Nipperdey-Neumann, BGB, § 611 Anm.265.

in keinem der untersuchten Fälle, in denen es um einen Beschäftigungsanspruch für AN ging, die einfache, insbesondere rein mechanische Arbeiten verrichten, ein Beschäftigungsanspruch wenigstens andeutungsweise zum Gegenstand einer Klage gemacht worden ist, muß vermutet werden, daß hinsichtlich der Anerkennung eines generellen Beschäftigungsanspruches eine allgemeine Anschauung nicht vorhanden ist. Dabei kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß bei einer etwaigen repräsentativen Meinungsbefragung eine bewußte Stellungnahme der betroffenen Kreise nicht zu erreichen ist. Dazu ist die Frage nach dem Bestehen einer Beschäftigungspflicht eine von den Parteien des Arbeitslebens viel zu selten diskutierte Frage. Wer von den hier in Sonderheit in Betracht kommenden AN ohne besondere Vor- und Ausbildung macht sich schon Gedanken darüber, daß der AG eines Tages auf seine Dienste verzichten könnte, gleichwohl den Lohn aber weiterzahlt?

Ungeachtet dessen kann auch nicht allgemein gesagt werden, daß die tatsächliche Beschäftigung in jedem Falle eine mögliche Fürsorgemaßnahme des AG darstellt. Die Fürsorgepflicht gebietet dem AG nur, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vorhandene Interessen angemessen zu berücksichtigen. Wo aber der AN an seiner Beschäftigung selbst nicht interessiert ist, was auf Grund der ausgewerteten Gerichtsentscheidungen für AN zutrifft, die einfache Arbeiten verrichten, bleibt für eine Interessenberücksichtigung durch den AG gar kein Raum. Daß allerdings auch bei der zuletzt genannten AN-Gruppe im Einzelfall ein schutzwürdiges Beschäftigungsinteresse vorhanden sein kann, ist weiter oben bereits dargetan worden.

Demgegenüber setzt die Überwiegende, eine allgemeine Beschäftigungspflicht bejahende Meinung in Literatur und Rechtsprechung offenbar als selbstverständlich voraus, daß grundsätzlich für jeden AN ein beachtliches Beschäftigungsinteresse besteht. Bisher ist jedoch nicht unter-

sucht worden, ob sich auch in den Grenzfällen - diese allein sind heute noch problematisch - das Klagebegehren der betreffenden AN überhaupt auf eine tatsächliche Beschäftigung konzentriert hat. Wie die Auswertung der herangezogenen Gerichtsentscheidungen gezeigt hat, ist gerade das Gegenteil der Fall. Eine Betrachtungsweise aber, die unabhängig von einem tatsächlich vorhandenen Beschäftigungsinteresse den Einzelfall nicht berücksichtigt, wird den Lebenserscheinungen des praktischen Lebens nicht gerecht. Übrigens sind auch in der neueren Rechtsprechung des BAG (154) gewisse Anzeichen für die Einschränkung der allgemeinen Beschäftigungspflicht erkennbar. In einer Entscheidung vom 4. Juni 1964 (154) hat der 2. Senat immerhin die Frage offen gelassen, ob ein Anspruch auf Beschäftigung in jedem Falle und für schlechthin jeden AN gegeben ist.

3. Ergebnis

Nachdem für die einzelnen AN-Gruppen ein entsprechendes Beschäftigungsinteresse erörtert und dargestellt worden ist, daß als Anspruchsgrundlage für einen Beschäftigungsanspruch die arbeitgeberische Fürsorgepflicht in Betracht kommt, ist das Ergebnis der bisherigen Untersuchung wie folgt zusammenzufassen:

Wenn und soweit ein beachtliches Beschäftigungsinteresse vorhanden ist, hat jeder AN einen Anspruch darauf, nicht nur die vereinbarte Vergütung zu erhalten, sondern auch tatsächlich beschäftigt zu werden. Für die Beurteilung der Erheblichkeit des Beschäftigungsinteresses sind allein die Umstände des Einzelfalles maßgebend. In aller Regel steht AN, die nur einfache Arbeiten verrichten, die eine besondere Vor- und Ausbildung nicht erfordern, wegen des Fehlens eines Beschäftigungsinteresses ein Beschäftigungsanspruch nicht zu. Im Einzelfall kann jedoch auch für diese AN ein Beschäftigungsanspruch anerkannt werden.

(154) NJW 1964, S.1920 unter Nr. 2, 3 a.

Fünfter Teil:

Inhalt und Wegfall des An-
spruches auf Beschäftigung

A Inhalt

I. Angemessene oder vertragsgemäße Beschäftigung

Der Inhalt der Beschäftigungspflicht, das "Wie" der Beschäftigung, ergibt sich aus den arbeitsvertraglichen Abmachungen. Mithin kommt es entscheidend und in erster Linie auf den Arbeitsvertrag selbst an, so daß in jedem Einzelfall ermittelt werden muß, in welchem Umfang eine Beschäftigungspflicht besteht. Der AG braucht den AN deshalb nur mit solchen Arbeiten zu beschäftigen, ja er darf ihm regelmäßig sogar nur solche Arbeiten zuweisen (1), die Gegenstand des Arbeitsvertrages sind. Hat also der AG den AN beispielsweise als Setzer, Maurer, Schweißer, Tischler oder Dreher eingestellt, dann genügt er seiner Beschäftigungspflicht, wenn er dem AN dementsprechende Arbeiten zuweist. Dagegen ist mit dem Beschäftigungsanspruch kein Anspruch auf einen örtlich bestimmten Arbeitsplatz verbunden, es sei denn, der AG hat sich dazu ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet (2).

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung von einem Anspruch auf "vertragsgemäße" Beschäftigung (3)

-
- (1) Nur in besonderen Notfällen ist der AG befugt, die Leistung auch anderer Dienste zu verlangen, allerdings nur vorübergehend und bei gleicher Entlohnung, wenn sie nur nicht völlig aus dem größeren Kreis des Berufslebens des AN fallen. Einzelheiten dazu bei Hueck-Nipperdey I, S.201, 203; Nikisch I, S.285; Kaskel-Dersch, S.137; BAG AP § 611 Nr. 18 BGB, Direktionsrecht.
 - (2) So lag es im Falle der Berliner Röntgenärztin, BAG 2, S.221ff.
 - (3) Ähnlich Reitmeier, S.27; Schniedermann, S.42; Grub ArbR-Blattei unter B II; vgl. ferner Weigert, RArbbl.NAT 1924, S.463; § 67 Abs.1 des Akademie-Entwurfs: "...seiner Stellung entsprechend zu beschäftigen"; § 16 Abs.1 des Tarifvertrages für Artisten: "...Anspruch darauf, seine Darbietung zur Vorführung zu bringen."

wird dem AN ganz überwiegend nur ein Anspruch auf "angemessene" Beschäftigung zugebilligt (4) (5).

Nach § 6 Abs. 1 des Normalvertrages für die Bühnengehörigen ist die Beschäftigung als angemessen anzusehen, die sich im Rahmen des vertraglichen Rollengebietes hält und die sowohl den Interessen des Mitgliedes als auch denen des Theaters gerecht wird. Nicht wesentlich anders wäre wohl der Begriff der Angemessenheit auch für andere Arbeitsverhältnisse zu definieren.

Gegen die Zubilligung einer nur angemessenen Beschäftigung ist anzuführen:

Ausgehend von der Feststellung, daß die "angemessene Beschäftigung" im Vergleich zu der "vertragsgemäßen Beschäftigung" ein Weniger darstellt, hätte es der AG bei der Anerkennung einer nur angemessenen Beschäftigung in der Hand, den Beschäftigungsanspruch weitgehend illusorisch zu machen. Während sich für den Begriff der Angemessenheit keine sicheren Maßstäbe finden lassen, ergeben sich für eine "vertragsgemäße" Beschäftigung konkrete Anhaltspunkte regelmäßig aus den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, wenn auch vielfach nur im Wege einzelvertraglicher Auslegung. Jedenfalls läßt sich die Vertragsmäßigkeit der Beschäftigung

-
- (4) Opet, Gutachten, S.181; Oertmann, NW 1910, S.800; Braun, S.61; Kopacz, S.51; Lohwasser, S.45; Daubitz, S.12,13 Anm.29; Hamburger, S.34ff, 37; Kutzer, S.228; Finkelstein, S.62; Wilke, S.36; Vollmer, S.96; § 46 Abs.1 Entwurf 1923; Hedderich, S.85; Nikisch I, S.513; vgl. auch Becker, S.66, aber im Sinne von vereinbarter Arbeit; ähnlich Hacker, S.60f.
- (5) Soweit das BAG - BAG 13, S.109 (113)-ausführt, ein AN, der nicht schwerbeschädigt sei, habe nur Anspruch "überhaupt beschäftigt zu werden", kann darin wohl nicht eine grundlegende Äußerung zum Inhalt eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches gesehen werden. Vielmehr sollte wohl nur hervorgehoben werden, daß § 12 Abs.1 SchwebG den Inhalt der auch sonst bestehenden Beschäftigungspflicht wesentlich erweitert.

sicherer feststellen als deren Angemessenheit. Ebenso wenig wie der AN dem AG nur eine angemessene Arbeitsleistung schuldet, schuldet der AG dem AN eine nur angemessene Beschäftigung. Entspricht der Inhalt der Beschäftigungspflicht dem der Pflicht zur Arbeitsleistung, dann ergeben sich für die Inhaltsbestimmung der vertragsgemäßen Beschäftigung keine größeren Schwierigkeiten als für die Feststellung der geschuldeten Arbeitsleistung. Auch der Einwand Hedderichs (6), daß es zu weit führen würde, wollte man den AG in jedem Falle zur Gewährung der vereinbarten Beschäftigung zwingen, weil es der Zweck des Beschäftigungsanspruches nicht sein könne und solle, diesen zu übertreiben und in der Übertreibung Unbilliges zu verlangen, vermag nicht zu überzeugen. Obgleich es außer Frage steht, daß die schutzwürdigen Interessen des AG an der völligen oder teilweisen Nichtbeschäftigung des AN Berücksichtigung finden müssen (7), so bedarf es doch einer möglichst sicheren Ausgangsposition um eine Interessenabwägung vorzunehmen.

In den Fällen, in denen bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses noch nicht feststeht, welche bestimmte Leistung der AN im einzelnen nach Art und Umfang zu erbringen hat und zu welcher Beschäftigung der AG verpflichtet ist, folgt aus dem Direktionsrecht des AG die Befugnis zur Leistungsbestimmung.

(6) S.84, unter teilweiser Bezugnahme auf Wilke, S.39.

(7) Vgl. dazu S. 170 ff.

II. Erforderliches Arbeitgeberverhalten

1. Arbeitssubstrate

1922 stellte Kaskel (8) die These auf, daß der AG auf Grund des Arbeitsvertrages zur Beschaffung der Arbeitssubstrate - nach Titze (9) "das Stück der Außenwelt, auf das sich die Tätigkeit des Verpflichteten bezieht" - verpflichtet sei. Diese Pflicht umfasse im wesentlichen die Pflicht zur Bereitstellung eines normal funktionierenden Betriebes, von Werkzeugen und Stoffen sowie die Pflicht zu Übertragung von Arbeit (10). Schon bald erkannte man aber, daß eine Pflicht zur Bereitstellung eines ordnungsmäßigen Betriebes sowie von Werkzeugen und Stoffen nur dann bestehen könne, wenn und soweit dem AN ein Anspruch auf Beschäftigung zur Seite steht (11). Obgleich damals das Problem der Arbeitssubstrate vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Risikotragung im Hinblick auf den Lohnzahlungsanspruch gesehen worden ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß die Pflicht zur Beschäftigung die Pflicht zur Beschaffung der Arbeitssubstrate mit umfaßt. Die erste Pflicht ist ohne die letzte nicht erfüllbar (12).

(8) NZfA 1922, Sp.1 (4ff).

(9) Unmöglichkeit der Leistung, S. 24 ff.

(10) In Bezug auf die Pflicht zur Arbeitszuweisung aber einschränkend, in: Lehrbuch, 1.Aufl., S.115f.

(11) Oertmann, NZfA 1922, Sp.466; Titze, JW 1922, S.548; Franke, Diss., S.84 Anm.1; Kopacz, S.41ff; RGZ 106, S.272 (274); in diesem Sinne auch ArbG Wilhelmshaven AuR 1962, S.90.

(12) Anders Vollmer, S.102, der die Pflicht zur Beschaffung der Arbeitsunterlagen als Voraussetzung für das Bestehen der Beschäftigungspflicht ansieht.

2. Naturalanspruch aus § 618 BGB

Kommt man zu dem Ergebnis, daß der AG auf Grund der Beschäftigungspflicht zur Bereitstellung der Arbeitsräume, Arbeitsvorrichtungen und -geräte verpflichtet ist, dann ergibt sich für ihn auch die Verpflichtung, diese in einem ordnungsgemäßen Zustand zur Verfügung zu halten (§ 618 BGB (13) (14)). Und in der Tat beruhen auch die wesentlichsten Einwendungen, die bisher gegen einen privatrechtlichen, aus § 618 BGB folgenden Erfüllungsanspruch erhoben worden sind, auf der Annahme, daß der AG zur Beschäftigung des AN nicht verpflichtet sei. Könnte der AN aber nicht verlangen, daß für ihn die Arbeitsräume, Arbeitsvorrichtungen und -geräte bereitgehalten werden, dann könnte er erst recht nicht deren Bereitstellung in einem ordnungsgemäßen Zustand beanspruchen (15).

Gewiß soll eingeräumt werden, daß ein klagbarer Erfüllungsanspruch nach § 618 BGB auch unabhängig von der Frage nach der Beschäftigungspflicht des AG begründet werden kann, wenn der AN nur tatsächlich beschäftigt wird (16). Aber ungeachtet dessen ist es sicher, daß

-
- (13) Entsprechend: § 62 HGB; § 102a,b,d,e GewO; §§ 12ff HeimarbG; § 80 SeemG; §§ 40ff JArbSchG.
- (14) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 618 Anm.40; Soergel-Siebert, § 618 Anm.21; Hueck-Nipperdey I, S.396f; Stolzenburg, S.25f. Gegen die rechtliche Verknüpfung der Beschäftigungs- und der Fürsorgepflicht nach § 618 BGB Reitmeier, S.47f, da nach seiner Ansicht nicht jedem AN ein Beschäftigungsanspruch zustehe.
- (15) Planck, § 611 Anm.5b; Titze, in: Ehrenbergs Handbuch Bd.II, S.856; RGZ 106, S.272 (274); Hueck-Nipperdey, I, 3/5. Aufl., S.262 m.w.Nachw.
- (16) So Lotmar, Bd.I, S.240f, Bd.II, S.261, 278 Anm.1; Oertmann, BGB, § 618 Anm.2b u.4; Bewer, RArbBl NAT 1922, S.702ff; Kopacz, S.42; Kaskel-Dersch, 4.Aufl., S.213 Anm.1; Palandt-Gramm, § 618 Anm.3a; Denecke, RGRK, § 618 Anm. 8; Nikisch I, S. 485; Reitmeier, S.48.

jedenfalls dann, wenn der AG gehalten ist, den AN zu beschäftigen, ein solcher Anspruch besteht.

3. Hausrecht und Beschäftigungsanspruch

Soweit überhaupt die Frage erörtert wird, ob die Anerkennung der Beschäftigungspflicht eine Einschränkung des Hausrechts des AG als des Verfügungsberechtigten über die Betriebsräume und das Betriebsgelände zur Folge hat, sind die Ansichten dazu geteilt.

Einerseits wird die Auffassung vertreten, daß der aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Beschäftigungsanspruch schuldrechtlicher Natur und deshalb außerstande sei, das aus dem Besitz kommende (dingliche) Hausrecht des AG einzuschränken (17). Allein dem AG stehe die Befugnis zu, jedermann - auch dem AN - das Betreten des Betriebsgrundstückes sowie ein Verweilen darauf zu verbieten. Respektiere der AN ein entsprechendes Verlangen des AG nicht, liege Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) (18), mindestens jedoch verbotene Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB vor (19). Den Anspruch selbst zu verwirklichen, käme einer unerlaubten Selbsthilfe gleich.

Andererseits wird, insbesondere von Diekhoff (20), darauf verwiesen, daß die Möglichkeit, sich in den

-
- (17) Jaenecke, Betrieb 1957, S.380; Röhsler, ArbR-Blattei C, insoweit aber widersprüchlich, als Röhsler an anderer Stelle das Hausrecht als Persönlichkeitsrecht besonderer Prägung verstanden wissen will.
 - (18) Galperin, Betrieb, 1952, S.187.
 - (19) Röhsler, aaO.
 - (20) AuR 1958, S.178; siehe ferner: Hacker, S.57; LAG Leipzig ARS 45, S.86; - entgegen Röhsler, ArbR-Blattei unter C - wohl auch RAG ARS 9, S.68; denn das RAG hat deshalb verbotene Eigenmacht eines AN angenommen, der nach Aufforderung durch den AG eine Schiffskabine nicht geräumt hatte, weil dem AN kein Anspruch auf Beschäftigung zustand.

Betriebsräumen und auf dem Werkgelände aufhalten zu können, mit zu den notwendigen Voraussetzungen für die Erfüllung der Arbeitsleistungspflicht gehöre. Wenn aber eine Pflicht zur Beschäftigung bestehe, dann könne der AG die mit Abschluß des Arbeitsvertrages bzw. bei der Einstellung des AN in den Betrieb gegebene Zustimmung zum Betreten der Betriebsräume nicht widerrufen. Deshalb begehe der AN, wenn ihm vom AG das Betreten des Betriebes untersagt worden ist, weder verbotene Eigenmacht noch erfülle er den Tatbestand des Hausfriedensbruches.

Daß der AG, um die Beschäftigungspflicht zu erfüllen, dem AN die Möglichkeit geben muß, sich zum Zwecke der Arbeitsleistung in den Betriebsräumen aufzuhalten, ist selbstverständlich. Jedoch ergibt sich daraus noch nicht eine Einschränkung des arbeitgeberischen Hausrechts. Grundsätzlich ist der Inhaber des Hausrechts berechtigt, zu bestimmen, wer sich in den seinem Hausrecht unterliegenden Räumen aufhalten darf (21). Da es insofern allein auf die Betätigung seines Willens ankommt (22), hängt die Befugnis zum Eindringen oder Verweilen von der fortdauernden Erlaubnis des Inhabers des Hausrechts ab.

Nun wird in der strafrechtlichen Dogmatik und Judikatur zu § 123 StGB ganz überwiegend der Standpunkt eingenommen, daß die Widerrechtlichkeit des Eindringens oder Verweilens dann ausgeschlossen sei, wenn dem Hausrecht eine stärkere Befugnis entgegensteht, die sich auch aus dem Privatrecht, insbesondere auch aus dem Arbeitsverhältnis,

(21) Vgl. u. a. Schönke-Schröder, StGB, § 123 Rn. 1.

(22) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 123 Rn. 10; Leipz. Komm., StGB, § 123 Anm. I.

ergeben könne (23). Dabei geht die strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung, soweit jedenfalls die Frage im Zusammenhang mit einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis erörtert worden ist (24), aber wohl von der Annahme aus, daß derjenige, der sich auf Grund eines Arbeitsvertrages in Erfüllung seiner Arbeitsleistungspflicht in den Räumen des AG aufhält, dort mit dessen Befugnis verweilt. Der AG kann die Arbeitsleistung nicht in Anspruch nehmen, ohne gleichzeitig die Befugnis zum Aufenthalt zu erteilen. Folglich entspricht insoweit für den AN das Recht zum Aufenthalt der Pflicht, in den Betriebsräumen zu arbeiten (25). Nur vereinzelt (26) ist darauf hingewiesen worden, daß der AG den Gesellen deshalb aus den Arbeitsräumen weisen könne, weil der Geselle durch den Arbeitsvertrag nur die Pflicht, nicht aber das "Recht" zum Arbeiten (26) habe. Diese Tatsache läßt aber nicht den Schluß zu, daß dann, wenn eine Beschäftigungspflicht besteht, der AN auch gegen oder ohne den Willen des AG in den Betriebsräumen verweilen darf. Der schuldrechtliche Vertrag, der den AG zur Beschäftigung verpflichtet, ist nur Anlaß, unter Umständen auch Ausdruck für die Erteilung der Befugnis zum Verweilen. Grund und Voraussetzung für die Ausübung oder Einschränkung des Hausrechts bilden die tatsächliche Innehabung und die durch sie erlangte unmittelbare

-
- (23) Vgl. Schönke-Schröder, StGB, § 123 Anm. 15 u. 19; Leipz. Komm., StGB, § 123 Anm. III 2; Schwarz-Dreher, StGB, § 123 Anm. 3A, Bb.; RGStr 1, S. 398; 5, S. 235; insbes. 13, S. 189; 16, S. 225; siehe auch LG Frankfurt NJW 1963, S. 1022 mit ablehnender Anm. von Hanack, JuS 1964, 352.
- (24) Meist hat jedoch das RG nur die Frage zu beantworten gehabt, ob der AN trotz der Aufforderung des AG, die Wohnräume bzw. Schlafstelle zu verlassen, diese weiterhin innebehalten dürfe (vgl. RGStr 1, S. 398; 5, S. 235 (237)).
- (25) Vgl. dazu Hesselberger, S. 76.
- (26) Schwartz, § 123 Anm. 49 unter Hinweis auf RGStr 5, S. 235 (237).

Verfügungsgewalt (27), nicht eine schuldvertragliche Berechtigung (28). Der AN ist aber nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener (§ 855 BGB). Ihm fehlt die tatsächliche Innehabung der Betriebsräume, vor allem aber die sich daraus ergebende Verfügungsgewalt. Mit- hin ist der AG trotz des Bestehens einer Beschäfti- gungspflicht nicht gehindert, dem AN rechtswirksam das Verweilen in den Betriebsräumen zu verbieten, mag auch der Widerruf der Befugnis zum Verweilen die Verletzung einer schuldrechtlichen Vertragspflicht darstellen (29).

Was die Frage betrifft, ob der AN, der sich ohne Willen des AG in den Betriebsräumen aufhält oder diese betritt, verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 BGB begeht, so ist auch das trotz des Be- stehens einer Beschäftigungspflicht zu bejahen. Zwar liegt besitzwidriges Handeln nicht vor, wenn der Besitzer der Besitzbeeinträchtigung zugestimmt hat. Wohl aber wird nach herrschender zivilrechtli-

(27) RGStr 36, S.322 (323).

(28) So beruht beispielsweise das Recht des Mieters, das Eindringen des Vermieters in die Mieträume zu verhindern, nicht auf dem Mietvertrag, son- dern auf der rechtmäßigen Innehabung des Raumes, auf dem Hausrecht des Mieters, vgl. dazu Hessel- berger, S.77.

(29) Zur Frage, ob andere Verträge des Schuldrechts geeignet sind, das Hausrecht einzuschränken, vergleiche die Entscheidung des RG-RGStr 4, S.322 (323) -, die auch heute noch von Welzel S. 296f und Schönke-Schröder, StGB, § 123 Rn.20 zustimmend zitiert wird. Danach ist das Verweilen eines Ga- stes in einem Lokal oder Verkehrsmittel solange nicht unbefugt, wie dies nach billigem Ermessen und vernünftiger Auslegung des gegenseitigen Ver- tragswillens zur Erfüllung des vereinbarten Zwecks erforderlich ist.

cher Meinung (30) ein solches angenommen, wenn der Besitzer die vorher - selbst vertraglich - gegebene Zustimmung im Zeitpunkt des Eingriffs widerrufen hat. Dazu soll er jederzeit befugt sein.

Im Ergebnis hat der AN deshalb nur die Möglichkeit, seinen Beschäftigungsanspruch im Klagewege und mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung (31) durchzusetzen. Entgegen der Auffassung von Jaenecke (32) sei darauf hingewiesen, daß eine mit dem Beschäftigungsanspruch verbundene Beschränkung des Hausrechts noch keiner Selbsthilfe gleichkäme. Die Beschäftigungspflicht ist nicht schon bereits dann erfüllt, wenn der AG dem AN gestattet, sich zum Zwecke der Arbeitsleistung in den Betriebsräumen und auf dem Werkgelände aufzuhalten.

-
- (30) Wolff-Raiser, § 17 I 4; Soergel-Siebert, § 858 Anm. 6; RGRK, § 858 Anm. 3; Palandt-Hoche, § 858 Anm. 2; Erman-Westermann, § 858 Anm. 6; Staudinger-Seufert, § 858 Anm. 7 m.w.Nachw.
(31) Einzelheiten dazu S. 201 ff.
(32) Betrieb 1957, S. 380.

B Beschäftigungsanspruch im kurzfristigen und auslaufenden Arbeitsverhältnis

I. Kurzfristiges Arbeitsverhältnis

Hacker (33), der im übrigen eine allgemeine Beschäftigungspflicht anerkennt, vertritt den Standpunkt, daß bei einem kurzfristigen Arbeitsverhältnis die Schutzbedürftigkeit für einen Beschäftigungsanspruch kaum bejaht werden könne; denn die für die Beurteilung des Beschäftigungsanspruches bedeutsame Treue und Verbundenheit von AG und AN entfalte sich erst, wenn durch eine gewisse Zeit gemeinsamer Arbeit eine persönliche Bindung entstanden sei. Einen Anhaltspunkt für die Lösung dieses Problems sieht Hacker in § 1 KSchG. Da der Schutz des Arbeitsplatzes von einer sechsmonatigen ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit abhängt, verliere vorher auch ein Schutz der Betriebszugehörigkeit seine Berechtigung.

Daß sich bei einem lang andauernden Arbeitsverhältnis das Band zwischen AG und AN enger knüpfen wird als bei einem kurzfristigen, steht außer Frage. Je länger ein Arbeitsverhältnis besteht, um so intensiver gestalten sich auch die über die Dienstleistungspflicht des AN und die Pflicht des AG zur Zahlung der vereinbarten Vergütung hinausgehenden gegenseitigen, auf dem Gedanken der Treue und Fürsorge beruhenden Rechte und Pflichten. Ein AN, der den meisten Teil seines Lebens an der Werkbank des AG gestanden hat, kann mit Recht ein größeres Maß an Fürsorge erwarten als der AN, der nur wenige Monate im Betrieb arbeitet. Die Dauer der tatsächlichen oder beabsichtigten Betriebszugehörigkeit kann aber nicht ausschlaggebend für die Anerkennung der Beschäftigungspflicht sein. Jedes Arbeitsverhältnis, auch das

(33) S.49f; so schon Franke, NZfA 1925, Sp.656f; Grub, ArbR-Blattei (Stand 1951, anders: Stand 1963) unter B.

nur oder erst kurzfristige, bleibt ein personenbezogenes auf die Leistung abhängiger Arbeit gerichtetes Rechtsverhältnis und entfaltet unabhängig von seiner Dauer ein gewisses Maß, ein Minimum, gegenseitiger Rücksichtnahme. Ein AN, der nur oder erst kürzere Zeit in einem Arbeitsverhältnis steht, kann in gleicher Weise wie jeder andere AN an seiner tatsächlichen Beschäftigung interessiert sein. Man stelle sich nur vor, ein AN schließt einen auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrag ab, erhält aber während dieser ganzen Zeit keine Gelegenheit zu tatsächlicher Betätigung. So besteht ein eklatantes Beschäftigungsbedürfnis etwa bei einem Filmschauspieler, der gewöhnlich nur für die Dauer eines Filmes engagiert wird (33a). Nicht die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sondern allenfalls die Tatsache einer nur vorübergehenden Nichtbeschäftigung läßt möglicherweise Raum für die Frage, ob in derartigen Fällen die Beschäftigungspflicht schlechthin entfallen soll.

Als verfehlt muß auch der Hinweis auf die Karenzzeit des § 1 KSchG als Anhaltspunkt für die Zuerkennung des Beschäftigungsanspruches angesehen werden. Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum geltenden Kündigungsschutzgesetz ergibt, hat die Wartezeit - im Entwurf betrug sie nur drei Monate, während das BRG von 1920 und die meisten entsprechenden Landesgesetze nach 1945 eine derartige Beschränkung nicht kannten - den Sinn, dem AG Gelegenheit zu geben, den AN während dieser Zeit in fachlicher wie in sonstiger Hinsicht zu erproben, ehe er an einen Arbeitsvertrag mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten gebunden sein soll (34). Dagegen war nicht beabsichtigt,

(33a) Ganz anders ist allerdings die Praxis großer Filmkonzerne in den USA. Dort ist es üblich, sich ein Reservoir von Nachwuchskräften zu halten, ohne sie zu beschäftigen.

(34) Begründung zum Regierungsentwurf, RdA 1951, S.63. So auch A. Hueck, KSchG, Anm.13 zu § 1; Auffarth-Müller, KSchG, § 1 Anm.50; Herschel-Steinmann, KSchG, § 1 Anm.32.

die sechsmonatige Betriebszugehörigkeit zur Voraussetzung für die Gewährung des Bestandsschutzes zu machen, um dadurch eine gewisse Intensität des Treueverhältnisses zu dokumentieren.

II. Vorübergehende Nichtbeschäftigung, insbesondere des gekündigten Arbeitnehmers

1. Überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, Regelung des § 545 HGB

Obwohl das BAG in der mehrfach zitierten Entscheidung vom 10. November 1955 deutlich zu verstehen gegeben hat, daß die Beschäftigungspflicht zu den normalen, aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Pflichten des AG gehöre, kommt es dennoch zu einer nicht unerheblichen Einschränkung dieser Pflicht. Der AG soll nämlich ganz allgemein und ohne besondere Voraussetzung befugt sein, den AN während des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses für vorübergehende Zeit, etwa innerhalb des Zeitraumes der Kündigungsfrist, nicht zu beschäftigen (35). Nach der Auffassung des LAG Frankfurt (36) soll ein Zeitraum von einigen Wochen oder auch Monaten noch ausreichen, um den AG von der

(35) BAG 2, S.225. Ebenso Achilles-Greif, § 611 Anm.51; Palandt-Gramm, § 611 Anm.3e; Wawretzko, BlStSozArbR. 1956, S.221; Lückehe, Betriebsrat 1958, S.1464; Grub, ARBl, Beschäftigungspflicht unter B II 4, anders aber noch ders. ARBl, Beschäftigungspflicht, Anm. zu Entscheidung 2, wenn das Arbeitsverhältnis auf Grund des Vertrages nur unter Einhaltung einer längeren Frist von etwa sechs Monaten oder mehr gelöst werden kann; E.Molitor, NZfA 1925, Sp.66 (siehe aber ders. Sicherung des Beschäftigungsanspr., S.285); B.Molitor, S.67; Forell, S.28 (einschränkend aber S.27) Rewolle, SchwebG, § 12 Anm.II2; - a.A. Hacker, S.52; Reitmeier, S.207, 223; Sternberg, S.35; Gumpert, BB 1961, 833; ArbG Offenburg ARSt XI Nr.623; ArbG Hamburg ARSt XXIII Nr.548; vgl. auch LAG Stuttgart AP 51 Nr.177; LAG Dortmund ARS 28, 96 (98) -.

(36) ARSt Bd.VI Nr.512.

Beschäftigungspflicht zu befreien. In diesem Zusammenhang kommt vor allem § 545 HGB in der Fassung des § 146 Abs. 2 des Seemannsgesetzes von 1957 Bedeutung zu. Nach dieser Vorschrift kann der Reeder dem Kapitän während der Kündigungsfrist die Ausübung seiner Befugnisse untersagen (37).

2. Kritische Bemerkungen

Wie die Praxis des Arbeitslebens beweist, betreffen viele Fälle, in denen der AN beschäftigt werden will, die "nur" vorübergehende Nichtbeschäftigung (38), wobei wiederum das Beschäftigungsverlangen des gekündigten AN den ersten Platz einnimmt.

Was die Regelung des § 545 HGB betrifft, so zeigt sie, daß das SeemG das Interesse des Kapitäns an seiner Beschäftigung während der Kündigungsfrist geringer bewertet hat als das Interesse des Reeders an einer Nichtbeschäftigung. Maßgebend war dafür die Vorstellung, daß die durch das Schiff und die Ladung verkörperten erheblichen Werte nicht hinreichend geschützt sind, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kapitän und dem Reeder Schaden genommen hat (39). Es fragt sich aber, in welchem Umfang dem Reeder ein solches Recht zusteht.

§ 545 HGB muß einschränkend ausgelegt werden. Anderenfalls stünde es im freien Belieben des Reeders, den Kapitän von jeglicher Beschäftigung auszuschließen. Wie

(37) Vgl. dazu auch oben S. 87/88.

(38) Vgl. insbesondere BGHZ 8, S.35 (45f); OLG (Breslau) Bd.22, S.295; LAG Gleiwitz ARS 24, S.158; LAG Leipzig ARS 45, S.105; LAG Stuttgart AP 51 Nr.177; KaufmannsG Mannheim Gew.u.KfMG 1907, Sp.84; ArbG Bremen BB 1949, S.424; ArbG Wilhelmshaven WA 1956, S.188; ArbG Rheine ARSt Bd.VIII Nr.137; ArbG Offenburg ARSt Bd.XI Nr.623; ArbG Hamburg ARSt Bd.XXIII Nr. 548; ArbG Braunschweig ARSt Bd.1964/I Nr.50; ArbG Wilhelmshaven ARSt Bd.1964/I Nr.194.

(39) Ebenso Schaps-Abraham, HGB, § 545 Anm.3 u.Bd.III S.215.

sich aus der Fassung des Gesetzes ergibt, kann nämlich der Reeder die Nichtbeschäftigung auch ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes - insoweit steht die Vorschrift im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG - anordnen (40). Dem schutzwürdigen Interesse des Reeders an der Nichtbeschäftigung des Kapitäns wird aber ausreichend Rechnung getragen, wenn dem Kapitän während der Kündigungsfrist die handelsrechtlichen, insbesondere die rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnisse entzogen werden können. Soll das Recht auf Beschäftigung in dem für die Praxis wichtigsten Fall der Nichtbeschäftigung während der Kündigungsfrist nicht illusorisch gemacht werden, dann wird der Entzug der anderen Befugnisse des Kapitäns allein davon abhängig zu machen sein, ob dem Reeder die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht. Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die Tatsache, daß die den Kapitän betreffenden arbeitsrechtlichen Vorschriften im SeemG, die handelsrechtlichen dagegen im HGB geregelt sind (41). Das SeemG enthält aber eine § 545 HGB vergleichbare Regelung nicht. Aus den angeführten Gründen muß auch für andere Arbeitnehmer-Gruppen die entsprechende Anwendung des § 545 HGB außer Betracht bleiben.

Schließlich erweist sich auch die Ansicht des BAG als unbefriedigend, weil der Begriff der "vorübergehenden Nichtbeschäftigung" als Zeitbestimmung viel zu unbestimmt und damit als Beurteilungsmaßstab wenig brauchbar ist (41a). Wollte man nämlich dem BAG folgen und als vorübergehende

(40) Anders Schlegelberger-Liesecke, HGB, § 545 Anm.

(41) Das wird in der Begründung zum Entwurf des SeemG, Deutscher Bundestag, Drucksache Nr.2962/1956, S.80, ausdrücklich hervorgehoben.

(41a) Ebenso Reitmeier, S.206; Sternberg, S.35.

Nichtbeschäftigung den im einzelnen unterschiedlich langen Zeitraum der jeweiligen Kündigungsfrist gelten lassen, dann wären jedenfalls die höher qualifizierten, vielleicht schon langjährig beim AG tätigen AN, die ja im Vergleich zu anderen AN durch längere Kündigungsfristen geschützt sind, benachteiligt. Diese Arbeitnehmergruppen, deren Beschäftigungsinteresse besonders offenkundig ist, müßten dann eine weit längere "vorübergehende" Nichtbeschäftigung als andere in Kauf nehmen. Zwar ist das rein berufliche Interesse des AN an seiner Beschäftigung bei nur vorübergehender Beschäftigungslosigkeit in aller Regel geringer als bei dauernder Nichtbeschäftigung. Das folgt aus der Tatsache, daß vor allem erst eine längere Nichtbeschäftigung geeignet ist, die bereits erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten zu mindern, mindestens aber den Anschluß an den neuesten Stand der beruflichen Praxis zu erschweren. Häufig wird auch der gekündigte AN, vornehmlich bei einer kurzen Kündigungsfrist, aus naheliegenden Gründen nunmehr an einer Beschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz ein geringeres Interesse zeigen und die beschäftigungslose Zeit zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle sowie für andere mit dem Wechsel des Arbeitsplatzes verbundene Vorbereitungen verwenden (42). Dennoch darf nicht außer acht gelassen werden, daß der AN in dieser Zeit auch aus beruflichen Gründen an seiner Beschäftigung interessiert sein kann (43). Um wieviel schwerer wiegen jedoch die ausgesprochen immateriellen, die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruches vor allem rechtfertigenden Momente. Die Nichtbeschäftigung ist dann besonders geeignet, den AN in den Augen seiner

(42) Vgl. A. Hueck, Anmerkung zu IAG Gleiwitz ARS 24, S. 160.

(43) Siehe Hueck-Nipperdey I, S. 383 u. Anm. 14 unter Hervorhebung des Interesses des AN, eine angefangene Arbeit zu Ende zu führen; ähnlich Nikisch I, S. 514.

Arbeitskollegen zu disqualifizieren und den Verdacht zu nähren, der von der Nichtbeschäftigung betroffene AN habe sich gewiß etwas zuschulden kommen lassen. Jedenfalls kann allein aus dem Umstand, daß der Arbeitsvertrag gekündigt worden ist, noch nicht eo ipso auf den Wegfall der Beschäftigungspflicht geschlossen werden. Es muß dem AN überlassen bleiben, ob er bei einer nur vorübergehenden Nichtbeschäftigung, in Sonderheit während des Laufes der Kündigungsfrist, einen Beschäftigungsanspruch geltend machen will oder nicht. Nur wenn nach sorgfältiger Abwägung der beiderseitigen Interessen überwiegende Gründe für die Nichtbeschäftigung sprechen, so daß dem AG die Beschäftigung nicht mehr zugemutet werden kann - auf Einzelheiten wird im folgenden Abschnitt einzugehen sein -, entfällt die Beschäftigungspflicht des AG.

Auch kann die Ansicht des BAG, der AG dürfe die Nichtbeschäftigung nicht auf diejenigen Tatsachen stützen, die er bereits ohne Erfolg zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen hat (44), nicht gebilligt werden. Im Gegensatz zur Kündigung berührt die Beschäftigungspflicht nicht den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses. Schon deshalb erscheint eine unterschiedliche Behandlung beider Sachverhalte geboten. Zwar mag es sein, daß die Gründe, die der AG zur Rechtfertigung der Nichtbeschäftigung geltend macht, gleichzeitig den Ausspruch der ordentlichen Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen und umgekehrt. Daraus läßt sich aber nicht mit Erfolg argumentieren: Reicht das Vorbringen des AG nicht zur Rechtswirksamkeit der Kündigung aus, dann könne er damit auch nicht mehr zur Ablehnung der Beschäftigung gehört werden. Es ist vielmehr durchaus denkbar, daß die vom AG vorgebrachten Gründe zwar nicht ausreichen, um das Arbeitsverhältnis einseitig zu beenden, wohl aber den AG zur Nichtbeschäftigung berechtigen können. Schließlich steht der hier vertretenen Auffassung auch nicht die materielle Rechtskraft des im Kündigungsschutzverfahren erstrittenen Urteils, das die vom AG ausgesprochene Kündigung als sozial ungerechtfertigt für unwirksam erklärt, entgegen, fehlt es doch schon an der Identität des Streitgegenstandes.

(44) BAG 2, S.221ff; zustimmend Frey, AuR 1957, S.220. Demgegenüber will A.Hueck, Anmerkung zu BAG AP § 611 BGB BeschftPfl. Nr.2; ders.in: Hueck-Nipperdey I, S.384 Anm.17, aus dem 3.Leitsatz der BAG-Entscheidung nicht so weitgehende Folgerungen ziehen.

3. Beschäftigungsverlangen und Grund zur fristlosen Entlassung

Hat der AG einen Grund zur fristlosen Entlassung und kündigt er unter Einhaltung der Kündigungsfrist, dann kann der AN seine Beschäftigung nicht verlangen (45). Es wäre unverständlich, wollte man dem AG, der durch die Einräumung einer Frist die Folgen einer fristlosen Kündigung zu mildern beabsichtigt, die Pflicht zur Beschäftigung aufbürden. Steht dem AG das Recht zu, das Arbeitsverhältnis ganz zum Erlöschen zu bringen, dann muß er auch insoweit die mindere Befugnis der Nichtbeschäftigung haben. Diese Folgerung verstößt keineswegs, wie Reitmeier (46) meint, gegen allgemein anerkannte Grundsätze über den Ausschluß der Beschäftigungspflicht; denn die eine fristlose Kündigung rechtfertigenden Gründe decken sich notwendig mit denen für die Nichtbeschäftigung (47). Freilich mag es Fälle geben, in denen aus dem Verhalten des AG auf dessen Verzicht geschlossen werden kann, das Kündigungsrecht geltend zu machen (48). Bei einem derartigen Sachverhalt bedarf es dann aber einer besonderen Zumutbarkeitsprüfung, wobei unter Berücksichtigung des Umfanges des Verzichts- willens die Gründe für eine mögliche fristlose Kündigung mit heranzuziehen sind.

Streiten hingegen die Parteien über die Berechtigung einer vom AG ausgesprochenen fristlosen Kündigung (49), so entfällt die Pflicht zur Beschäftigung nicht schlecht-

(45) So auch Sellmann, *SchwerbG*, vor § 3 Anm.4; ferner Riepenhausen, S.104; Waechter, *Betrieb* 1955, S.362; Gumport, BB 61, S.833; Rohwer-Kahlmann, *SchwerbG*, vor § 3 Erl.7 und Fußnote 18.

(46) S. 190.

(47) Anders Reitmeier, S.190

(48) Vgl. Rohwer-Kahlmann, *SchwerbG*, vor § 3 Erl.7, insbes. Fußnote 18; auch für den Fall, daß der AG aus eigenem Interesse unter Fristwahrung kündigt.

(49) Einen solchen Fall hatten das LAG Hamm, BB 1959, S.118 (aber nur teilweise veröffentlicht) und das ArbG Braunschweig ARSt Bd.1964/I Nr.50 zu entscheiden; vgl. ferner ArbG Rheine, BB 1965, S.288.

hin (50). Andernfalls würde allein der Ausspruch einer fristlosen Kündigung, deren Rechtswirksamkeit bis zur Rechtskraft einer entsprechenden - möglicherweise erst letztinstanzlichen - Entscheidung ja noch nicht feststeht, von der Beschäftigungspflicht befreien. Eine andere Beurteilung ist jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn das Obsiegen des Klägers im Kündigungsschutzverfahren überwiegend wahrscheinlich ist.

C Wegfall der Beschäftigungspflicht

I. Unmittelbare gesetzliche und vertragliche Grundlagen

1. Gesetzliche Grundlagen

Die Beschäftigungspflicht entfällt stets, wenn ihrer Erfüllung echte gesetzliche Beschäftigungsverbote entgegenstehen, seien sie individueller oder genereller Natur. In erster Linie sind die in der GewO im JArbSchG, im MuSchG und die in der AZO enthaltenen Beschäftigungsverbote (51) zum Schutz von Jugendlichen, Frauen und anderen AN zu nennen. In diesen Fällen wird gerade durch die Nichtbeschäftigung dem Interesse des AN Rechnung getragen.

2. Vertragliche Vereinbarung

Die uneingeschränkte Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses der Beschäftigungspflicht (52) ist in gleicher Weise problematisch wie die grundsätzliche Verneinung des vertraglichen Verzichtes (53).

-
- (50) Im Ergebnis ebenso Reitmeier, S.189, 261. Auch den Entscheidungen des LAG Hamm BB 1959, S.118, und des ArbG Braunschweig ARSt Bd.1964/I Nr.50 liegt unausgesprochen diese Ansicht zugrunde. - a.A. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; Sternberg, S.34; ArbG Rheine BB 1965, S.288.
- (51) Vgl. u.a. §§ 105b; 105f; 105g GewO - §§ 1 Abs.1; 3; 5; 7; 10 Abs.2 u.3; 11; 13ff JArbSchG - §§ 3 Abs.2; 4; 6 Abs.1 u.3; 7 Abs.1 u.4; 8 MuSchG - §§ 2 Abs.3; 12 Abs.2; 13 Abs.2; 16; 17 Abs.1 u.2; 18 Abs.3; 19 Abs.1 u.2; 25 Abs.3 AZO.
- (52) So Dienstag, Handbuch, S.455; Bobrowski-Gaul, S.300.
- (53) So Vollmer, S.58; vgl. auch Opet, Gutachten, S.227.

Gegen die erste Ansicht spricht vor allem die Tatsache, daß sich der AN als der wirtschaftlich schwächere Teil . regelmäßig in einer gewissen Zwangslage befindet, die die Gefahr eines "diktierten" Verzichts impliziert, so daß dem AG ein wirksames Mittel zur Verfügung stünde, die Beschäftigungspflicht auf diesem Wege zu beseitigen. Dagegen ließe sich ein grundsätzlich ablehnender Standpunkt nur rechtfertigen, wenn man die Zuerkennung des Beschäftigungsanspruches als ausschließlich oder doch ganz überwiegend im Interesse der Allgemeinheit liegend ansehen wollte, oder in Erwägung zieht, daß die Fürsorgepflicht, auf die die Beschäftigungspflicht ja hauptsächlich gestützt worden ist, grundsätzlich durch vertragliche Vereinbarungen nicht abgedungen werden kann (54).

Wie bereits dargelegt (55), läßt sich die Beschäftigungspflicht des AG nicht aus dem ausschließlichen oder überwiegenden Beschäftigungsinteresse der Allgemeinheit rechtfertigen. Mithin scheidet dieser Gesichtspunkt auch bei der Frage der Abdingbarkeit und des Verzichts eines Beschäftigungsanspruches aus.

Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses der Beschäftigungspflicht ergeben sich ebenso wenig daraus, daß die arbeitgeberische Fürsorgepflicht grundsätzlich unabdingbar und unverzichtbar ist. Nur eine Vereinbarung, die den AG ganz allgemein von seiner Fürsorgepflicht befreit, widerspricht dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und ist daher unwirksam (54). Eine Durchbrechung erfährt dieser Grundsatz jedoch dann, wenn nur einzelne Auswirkungen der Fürsorgepflicht ausgeschlossen werden, wobei aber immer der Einzelfall zu

(54) Vgl. Nikisch I, S.484; Sitzler, Fürsorgepflicht, in: ArbR-Blattei unter A III.

(55) Oben S. 121.

berücksichtigen ist. Maßgebend ist allein, ob der AN auf die Fürsorge des AG zur Wahrung seiner schutzwürdigen Interessen unbedingt angewiesen ist (56). Berücksichtigt man, daß die Nichtbeschäftigung trotz ihrer ungünstigen Auswirkungen auf die berufliche und charakterliche Bildung sowie auf die Formung der Persönlichkeit noch nicht den Persönlichkeitskern des AN - von Ausnahmen abgesehen - verletzt, dann kann die vertragliche Ausschließung nicht grundsätzlich verneint werden. Es muß dem AN als freier und verantwortlicher Persönlichkeit überlassen bleiben, inwieweit er auf seine Persönlichkeitsentfaltung Einfluß nehmen will. Wenn die Vereinbarung eines vertraglichen Wettbewerbsverbotes - etwa für den Handlungsgehilfen nach § 74 HGB - zulässig ist, dann muß auch der Ausschluß der Beschäftigungspflicht zulässig sein. Freilich wird im Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein, ob überhaupt ein Ausschluß gewollt ist. Soweit derartige Vereinbarungen nicht schon in Widerspruch zu geltendem Tarifvertrags- oder Betriebsvereinbarungsrecht stehen und deshalb unwirksam sind (§ 4 Abs. 1, 4 TVG), wird der Rahmen für die Zulässigkeit des Ausschlusses durch § 138 BGB bestimmt (57). Der Tatbestand des § 138 BGB wird um so eher als erfüllt angesehen werden müssen, sobald der Beschäftigungsanspruch von vornherein und schlechthin ausgeschlossen sein soll.

(56) Nikisch I, S.484.

(57) Ebenso Finkelstein, S. 58ff, 71; Grub, ArbR-Blattei unter D; Becker, S. 71; Tilka, B1StSozArbR. 1957, S.153; Reitmeier, S.277ff; Röhsler, Betrieb 1958, S.1464; Hedderich, S.87; E.Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S.284f; Bobrowski-Gaul, S.249; Hueck-Nipperdey I, S.348 - a.A. BAG NJW 1962, S.1836f in Bezug auf § 12 Abs.1 SchwebG, aber zu Unrecht; denn auch der Anspruch aus § 12 Abs. 1 SchwebG dient primär den Interessen des AN.

Widerspricht eine entsprechende Vereinbarung den guten Sitten, dann ist nur die Ausschlußklausel, nicht aber der ganze Arbeitsvertrag nichtig (59).

II. Wegfall wegen wichtigen Grundes

1. Allgemeine Kriterien

Sprechen im Einzelfall überwiegende, objektiv begründete Interessen des AG gegen die Beschäftigungspflicht, dann muß diese vollständig oder teilweise entfallen. Das folgt mit Notwendigkeit aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses, das zu gegenseitiger Treue und Rücksichtnahme auch im Verhältnis zum AG verpflichtet. Es geht nicht an, berechnete Belange des AG und des Betriebes hintanzustellen, nur um die Erfüllung des auf tatsächliche Beschäftigung gerichteten Anspruches durchzusetzen. Freilich muß immer darauf Bedacht genommen werden, daß die Begrenzung des Anspruches nicht dazu führen darf, diesen illusorisch zu machen. Deshalb muß in jedem Falle das Interesse des AG an der Nichtbeschäftigung mit dem des AN an seiner Beschäftigung verglichen und beim Überwiegen des einen oder anderen Interesses dem jeweiligen der Vorzug gegeben werden.

Wann die Beschäftigungspflicht entfällt, läßt sich für den Einzelfall mit absoluter Bestimmtheit nicht sagen. Ganz allgemein besteht die Verpflichtung zur Beschäftigung dann nicht, wenn der Beschäftigung ein wichtiger Grund entgegensteht, wenn die Erfüllung der Beschäftigungspflicht dem AG nicht zugemutet werden kann. So sah

(59) Anders Daubitz, S.53 f.

auch schon § 46 Abs. 2 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 vor, daß dem AN der Beschäftigungsanspruch versagt bleiben sollte, wenn der AG einen "wichtigen Grund" zur Ablehnung der Arbeitsleistung hat. Ähnlich heißt es in § 67 Abs. 2 des Akademie-Entwurfs: "Ist die Beschäftigung dem Unternehmer nicht zumutbar, so kann er sie ablehnen. Dies gilt besonders, wenn nach pflichtgemäßer Entscheidung des Unternehmers die Beschäftigung unwirtschaftlich ist oder die Zusammenarbeit in der Betriebsgemeinschaft gefährdet."

Damit ist bereits ein Hinweis für die Begrenzung der Beschäftigungspflicht gegeben. Und man kann den wichtigen eine dauernde oder vorübergehende Nichtbeschäftigung rechtfertigenden Grund dahin definieren, daß ein solcher vorliegt, wenn dem AG unter Berücksichtigung seiner schutzwürdigen persönlichen, betrieblichen und wirtschaftlichen Belange die tatsächliche Beschäftigung des AN nicht zumutbar ist.

Soweit im Schrifttum und in der Judikatur neben dem Begriff des wichtigen Grundes (60) der der Unzumutbarkeit (61) Verwendung findet, kann davon ausgegangen werden,

-
- (60) So Scergel-Siebert, § 611 Anm.188: "besonderen...Grund"; Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 490; Hueck-Nipperdey I, 3/5.Aufl., S.257:"gewichtige Gründe", 7.Aufl., S.384: "...wenn überwiegende Interessen des Arbeitgebers gegen die Beschäftigung sprechen"; Bobrowski-Gaul, S.300; E.Molitor, Suspendierung, in: ArbR-Blattei; Becker, S.70; Hacker, S.62; BAG 2, S.221 (225): "besondere Gründe"; BGHZ 8, S.35 (45): "schutzwürdiges Interesse an der Nichtbeschäftigung"; KG DJZ 1899, Sp.466.
- (61) So Staudinger-Nipperdey-Neumann, §611 Anm.265; Schnorr von Carolsfeld, S.242; Kaskel-Dersch, S.201f; Nikisch I, S.514; Maus, Arbeitsverh., S.225; Grub ArbR-Blattei unter B; Siebert, HSW Bd.I, S.382; Waechter, Betrieb 1955, S.362; Kauffmann, Betriebsverfassung 1958, S.167; Kessler, Funktionär 1958, S.136; Sternberg, S.33; Hedderich, S.85; Schniedermann, S.44; E.Molitor, Sicherung des Beschäft.anspr., S.285; LAG Mannheim AP 52 Nr.200; LAG München BB 1954, S.286; LAG Berlin ARSt Bd.XXVII Nr.288.

daß insoweit - trotz der unterschiedlichen Formulierung - sachliche Unterschiede nicht bestehen. Nur erscheint es verfehlt, neben dem wichtigen Grund noch die Frage der Unzumutbarkeit zu prüfen (62); denn um festzustellen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, bedarf es doch gerade der Zumutbarkeitsprüfung durch Gegenüberstellung und Abwägung der beiderseitigen Interessen (63).

Zu den eine Beschäftigungsverweigerung rechtfertigenden Gründen gehören alle Umstände, die eine fristlose Entlassung nach sich ziehen können (64), obgleich keineswegs das Vorliegen so schwerwiegender Gründe erforderlich ist, um den AG von der Beschäftigungspflicht zu befreien. Ähnliches gilt von solchen Umständen, die geeignet erscheinen, eine ordentliche Kündigung unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG als sozial gerechtfertigt anzusehen (65). Dennoch ist hier Vorsicht geboten; denn wollte man sich auf den Standpunkt stellen, daß jeder Grund, der die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen imstande ist, zugleich und schlechthin zum Wegfall der Beschäftigungspflicht führt, so wäre gerade für die praktisch bedeutendsten Fälle, während des Laufes der Kündigungsfrist, der Beschäftigungsanspruch beseitigt. Es mag im Einzelfall durchaus gerechtfertigt sein, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem Ablauf

(62) So Denkschrift zum Entwurf 1923, S.17; Kopacz, S.62f; Röhler, Betrieb 1958, S.1465.

(63) Ebenso Reitmeier, S.117, der im übrigen aber zu Unrecht Bedenken gegen die Verwendung der Begriffe des wichtigen Grundes und der Unzumutbarkeit wegen des häufigen Versuches, die Zumutbarkeit der Beschäftigung für den AG absolut, ohne Rücksicht auf die Situation des AN, zu bestimmen, geltend macht.

(64) Maus, Arbeitsverh., S.225; Hacker, S.63; B.Molitor, S.63; Gumpert, BB 1961, S.833; vgl. auch oben S.169.

(65) § 1 Abs.2 KSchG uneingeschränkt anwendend: B.Molitor, S.63; Sternberg, S.34; Schniedermann, S.43.

der Kündigungsfrist seine Beendigung erfährt. Nicht aber leuchtet es ein, warum bis zu diesem Zeitpunkt eine der Vertragspflichten schlechthin entfallen soll. Will man in der Nichtbeschäftigung im Vergleich zu der ordentlichen Kündigungsbefugnis ein "Weniger" sehen (66), so spricht manches dafür, dem AG das "Weniger", die Beschäftigung, eher zuzumuten als das "Mehr", den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Gesamtheit der sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten. Deshalb wird der Grund zu einer sozial gerechtfertigten Kündigung immer nur einen Anhaltspunkt, wenn auch einen bedeutsamen, für die Frage der Zumutbarkeit der Beschäftigung geben.

Hingegen geht es nicht an, wie verschiedentlich angenommen wird (67), die Betriebsrisikolehre heranzuziehen. Diese betrifft nur die Frage, ob dem AN trotz Nichtleistung der Arbeit ein Lohnanspruch auch dann zusteht (68), wenn der AG den arbeitswilligen und arbeitsfähigen AN aus von ihm nicht verschuldeten Gründen nicht arbeiten läßt, lassen kann oder darf. Die Betriebsrisikolehre betrifft ausschließlich das Problem der Lohnfortzahlung trotz

(66) B. Molitor, S.62; Schniedermann, S.43, die aber zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommen.

(67) Vollmer, S.103; Grub, ArbR-Blattei unter B II 5; Schniedermann, S.44; in diesem Sinne offenbar auch die (der) Bearbeiter der Deutschen Rechtsprechung, Bd.VI, 604, Bl.2 Beschäftigungspflicht, allerdings unter nicht gerechtfertigter Bezugnahme auf die Entscheidung BAG 3, S.185ff, 346ff, AP § 615 BGB Nr.3 u.4, Betriebsrisiko; denn diese Entscheidungen beziehen sich allein auf die Lohnzahlungspflicht in den Fällen des Betriebsverlustes, des vom AG nicht verschuldeten Streiks, des legitimen wie des wilden, des Voll - wie des Teilstreiks.

(68) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S.347ff, m.N.; BAG BB 1962, S.178; BB 1963, S.977; AP § 615 BGB Betriebsrisiko Nr.15.

Nichtleistung der Arbeit. Wie aber mehrfach betont (69), bestehen gegen die Verknüpfung der Beschäftigungspflicht mit der von ihr wesensverschiedenen Pflicht zur Lohnzahlung Bedenken, auch unter dem Blickwinkel der Betriebsrisikolehre. Obwohl zugegeben werden soll, daß die Tatbestände, die nach der an die Sphärentheorie anknüpfenden arbeitsrechtlichen Lehre den Wegfall oder Fortbestand der Lohnzahlungspflicht zur Folge haben, in vielen Fällen auch die Beschäftigung als unzumutbar oder noch zumutbar erscheinen lassen werden. Dennoch kann nicht allgemein gefolgert werden, daß die vom AG nicht verschuldete Betriebsstörung ebenso wie jene Umstände, die vom AG - unabhängig von der Frage des Betriebsrisikos - nicht zu vertreten sind (70), immer und schlechthin zum völligen oder teilweisen Wegfall der Beschäftigungspflicht führen müssen. Das hängt ganz vom Einzelfall ab.

Zu eng ist auch die Auffassung (71), daß die Beschäftigungspflicht nur dann entfalle, wenn Gründe vorliegen, die auf einem Verschulden des AN beruhen; denn nach allgemeiner Auffassung umfaßt der Begriff des wichtigen Grundes auch Umstände, die außerhalb der Person des AN liegen können (72).

(69) S.4, 34.

(70) Anders Saeger, Braunschweiger Z 1911, S.136; Wawretzko, BlStSozArbR.1949, S.83; Giese, Quelle 1953, S.28; siehe auch Maus, Arbeitsverh., S.221.

(71) ArbG Offenburg, ARSt Bd.XI Nr.623; vgl. auch Franke, NZfA 1925, Sp.654.

(72) Vgl.u.a. Hueck-Nipperdey I, S.582, 589; Nikisch I S.724ff.

2. Geltendmachung

Bevor die einzelnen Ausschlußgründe erörtert werden sollen - es kann sich dabei immer nur um beispielhaft angeführte Gründe handeln, denen eine absolute Geltung nicht zukommt - erscheint es geboten, noch der Frage nachzugehen, in welcher Weise das Vorhandensein eines wichtigen Grundes den Bestand der Beschäftigungspflicht berührt. Im wesentlichen werden dazu folgende Meinungen vertreten:

Schnorr von Carolsfeld (73) äußert hinsichtlich der Pflicht zur Annahme der einzeln angebotenen Leistung - und nur insoweit -, daß die Schuld des AG zu verneinen sei, wenn ihm die Beschäftigung nicht zugemutet werden könne. Die Konsequenz einer derartigen - abzulehnenden - Auffassung wäre, daß die Beschäftigungsverweigerung beim Vorliegen eines wichtigen, die Nichtbeschäftigung rechtfertigenden Grundes als rechtswidriges, dem Arbeitsvertrag widersprechendes Verhalten zu qualifizieren wäre. Auch hätte es der AN wegen des objektiven Fortbestehens der Beschäftigungspflicht in der Hand, jederzeit die Verurteilung des AG zur Beschäftigung zu erreichen. Nur in Bezug auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bestünde ein wirksames Regulativ. Ob allerdings Schnorr von Carolsfeld trotz der oben wiedergegebenen Formulierung die dargelegten Schlußfolgerungen zu ziehen bereit ist, erscheint nicht ganz sicher. Möglicherweise ist nur gemeint, daß bei Unzumutbarkeit der Beschäftigung ein Fall nicht zu vertretender Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB vorliegt.

Von anderer Seite (74) will man die Berufung auf den wichtigen die Nichtbeschäftigung rechtfertigenden Grund

{73} S.243.

{74} Kreller, ArchZivPr.125, S.85f, allerdings de lege ferenda; Lohwasser, S.48; Lautner, S.346; wohl auch § 67 Abs.2 des Akademie-Entwurfs; Becker, S.69 - dagegen Vollmer, S.97, allerdings aus volkswirtschaftlichen Erwägungen; Reitmeier, S.253.

als Leistungsverweigerungsrecht ausgestaltet wissen, damit diese erst Wirkungen entfalte, wenn der AG dem AN die maßgebenden Gründe mitgeteilt habe. Zur Wirksamkeit der Berufung auf den wichtigen Grund ist die Angabe von Gründen aber ebensowenig erforderlich wie zur Wirksamkeit einer Kündigung. Ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, richtet sich allein nach dem Vorhandensein von Umständen, die die Beschäftigung des AN als unzumutbar erscheinen lassen. So verständlich die offenbar dahingehende Absicht, dem AN die Möglichkeit zu geben, sich auf Grund der ihm mitgeteilten Gründe schlüssig werden zu können, ob eine gerichtliche Durchsetzung des Beschäftigungsanspruches Erfolg verspricht, auch ist, so wenig rechtfertigt jedoch dieser Gesichtspunkt die Konstruktion eines Leistungsverweigerungsrechts. Es ist vielmehr eine Frage der allgemeinen Fürsorgepflicht, ob dem AG die Pflicht erwächst, was grundsätzlich zu bejahen sein wird, dem AN die maßgebenden Umstände für die Beschäftigungsverweigerung bekanntzugeben. Kommt der AG dann schuldhaft dieser Verpflichtung nicht nach, dann ist er aber nur gehalten, dem AN den daraus resultierenden Schaden, insbesondere mögliche Prozeßkosten, zu ersetzen.

Unter Berücksichtigung der oben geltend gemachten Einwendungen bleibt somit allein für die auch überwiegend vertretene, wenn auch nicht in dieser Bestimmtheit zum Ausdruck gekommene Auffassung (75) Raum, wonach das Vorliegen eines wichtigen Grundes eo ipso das Erlöschen der Beschäftigungspflicht bewirkt.

(75) Vgl. etwa Hueck-Nipperdey I, S.384; Nikisch I, S.514f; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; Maus, Arbeitsverh., S.69; Vollmer, S.97; Reitmeier, S.254.

3. Einzelne Gründe

a. Wirtschaftliche und innerbetriebliche Gründe:

Eine scharfe Trennung zwischen wirtschaftlichen und innerbetrieblichen Umständen, die den völligen oder teilweisen Wegfall der Beschäftigungspflicht zur Folge haben können, läßt sich, da häufig beide Momente ineinander übergehen, nicht vornehmen. Gewiß sind aber die vielfältigsten wirtschaftlichen Faktoren (76), so vor allem erheblicher Absatzmangel (77), Auftragsstockungen, wenn dem AG eine Produktion auf Lager nicht zumutbar ist, nicht behebbarer Materialmangel und die völlige oder teilweise Betriebsstilllegung (78) (79), geeignet, den AG von seiner Verpflichtung zur Beschäftigung zu befreien. Dabei kann aber allein die jeweils konkrete zeitliche und örtliche Bezogenheit dieser Momente auf die Beschäftigungspflicht maßgebend sein. Auch bei Anerkennung eines arbeitnehmerischen Beschäftigungsinteresses darf nicht unbeachtet bleiben, daß die Beschäftigungspflicht ihren Sinn verliert, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz des Betriebes ernsthaften

(76) Zu eng Dietz, AOG, 1. Aufl., § 2 Anm. 18, wenn er insoweit nur wirtschaftlichen Gründen Gewicht beimessen will.

(77) Zum Begriff vgl. BAG 11, S. 34 (40).

(78) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 488; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 265; Hueck-Nipperdey I, S. 383.

(79) Im Hinblick auf den Beschäftigungsanspruch des Lehrlings können die angeführten Gründe aber nur ganz ausnahmsweise Bedeutung gewinnen. Mit Rücksicht auf den Ausbildungszweck wird der Lehrherr deshalb auch die Leistung nutzloser unproduktiver Arbeit auf sich nehmen und bei Betriebsstilllegungen unter Umständen auch bloße Probearbeiten ausführen lassen müssen, vgl. RAG ARS 10, S. 164 (165); 11, S. 535 (539).

Gefahren ausgesetzt wäre (80). Dem AG muß in solchen Fällen, soll er sich hinsichtlich des Einsatzes der Arbeits- und Produktionsmittel den sich ständig ändernden Gegebenheiten des Wirtschaftsmarktes anpassen können, ein Höchstmaß an eigenverantwortlicher Entscheidungsfreiheit zustehen. Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, daß die Nichtbeachtung wesentlicher wirtschaftlicher Aspekte den völligen Verlust des Arbeitsplatzes nach sich ziehen kann, was sicherlich nicht im Interesse des AN liegt. Freilich bedingt nicht jeder Absatzmangel u.ä. von vornherein den Wegfall der Beschäftigungspflicht. Entscheidend kommt es immer auf den konkreten Einzelfall an. So wird beispielsweise ein Großbetrieb einen vorübergehenden Auftragsmangel regelmäßig besser auszugleichen vermögen als ein Kleinbetrieb. Auf jeden Fall wird der AG bei vom Landesarbeitsamt gemäß § 17 KSchG zugelassener Kurzarbeit insoweit von der Beschäftigungspflicht frei (81).

Des weiteren muß es der AG in der Hand haben, um mit der zunehmenden Rationalisierung und Automation Schritt halten und wettbewerbsfähig bleiben zu können, sich durch organisatorische Maßnahmen, durch die Umstellung auf andere Produktionsgüter, durch die Verwendung moderner Anlagen und Maschinen oder durch die Einführung neuartiger Arbeitsmethoden, den Erfordernissen des Wirtschaftslebens anzupassen, selbst wenn dadurch die Beschäftigung bestimmter AN in Frage gestellt sein sollte. Auch in diesen Fällen erlischt regelmäßig die Beschäftigungspflicht.

-
- (80) Aus diesem Grund kann auch Finkelstein, S.102 und Riepenhausen, S.98 nicht gefolgt werden, die annehmen, daß die Betriebseinstellung wegen Vermögensverfalls nicht von der Beschäftigungspflicht befreie.
- (81) Ebenso Schnorr von Carolsfeld, S.242; Hacker, S.67 Anm.52.

Ogleich die Ansicht, das Ob der Beschäftigungseinstellung müsse der pflichtgemäßen Entscheidung eines seinem Betriebe und seinen AN verantwortlichen Unternehmers überlassen bleiben (82), an sich Zustimmung verdient, so ist doch einschränkend zu fordern, daß diese "pflichtgemäße Entscheidung" von objektiven Erwägungen getragen sein muß und insofern eine gerichtliche Nachprüfung ermöglicht. Anderenfalls könnte sich der AG jederzeit unter Berufung auf seine pflichtgemäße unternehmerische Entscheidungsbefugnis der Verpflichtung zur Beschäftigung entledigen.

b. Gründe, die in der Person des Arbeitgebers liegen:

Ein gedeihliches und erfolgreiches Zusammenarbeiten von AN und AG setzt eine Atmosphäre gegenseitiger Achtung und Anerkennung voraus. Wo Mißtrauen, persönliche Abneigung oder persönliche Unstimmigkeiten herrschen, mag diese Zusammenarbeit zwar Belastungen ausgesetzt sein, es wäre aber mit dem Schutzzweck des Arbeitsrechts unvereinbar, wollte man derartige Umstände, soweit sie ihren Ursprung allein in der Person des AG haben, als schlechthin ausreichend ansehen, um die Beschäftigungspflicht entfallen zu lassen. So darf der AG Unstimmigkeiten, die beispielsweise zwischen ihm und der Hauptfürsorgestelle für Schwerbeschädigte bestehen, nicht zum Anlaß nehmen, den AN von jeder Beschäftigung auszuschließen und ihm gleichzeitig aufzugeben, sich täglich im Betrieb aufzuhalten, nur um den arbeitgeberischen Willen gegenüber der Behörde durchzusetzen (83).

(82) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, vor § 617 Anm.12; § 67 Abs.2 des Akademie-Entwurfs; Hacker, S.67.

(83) Vgl.ArbG Stade AP 53 Nr.100 mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Nikisch; Hacker, S.66.

Bei Arbeitsverhältnissen, die in besonderem Maße von gegenseitigem Vertrauen getragen sind, können ausnahmsweise auch persönliche Gesichtspunkte aus der Sphäre des AG beachtlich sein und zum Wegfall der Beschäftigungspflicht führen (84), aber immer nur dann, wenn für den Vertrauensentfall Anhaltspunkte objektiver Art vorhanden sind. So hat der BGH (85) den Beschäftigungsanspruch eines Nichtgesellschafter-Geschäftsführers einer Kommanditgesellschaft verneint, weil die vorhandenen tiefgreifenden Spannungen und Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und der Gesellschaft geeignet waren, eine vertrauensvolle Zusammenarbeit als unmöglich erscheinen zu lassen. Zu billigen ist auch eine Entscheidung des ArbG Wilhelmshaven vom 27. Juni 1963 (86). Das G_ericht nahm den Wegfall der Beschäftigungspflicht deshalb an, weil die weitere Bearbeitung von Verschlussachen durch den AN für den AG mit einem zu großen Sicherheitsrisiko verbunden sei.

Ungeachtet der oben genannten Voraussetzungen steht dem AG nach § 52 Abs. 1 HGB aber immer die Befugnis zu, eine einmal erteilte Prokura jederzeit zu widerrufen, ohne daß dadurch - nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes - der Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung entfällt. In Anbetracht der ausdrücklichen Hervorhebung

(84) Anders OLG (Braunschweig) Bd.33, S.330 (331); Lohwasser, S.50, die bei Vertrauensverhältnissen dem AN einen Beschäftigungsanspruch von vornherein versagen wollen; Ähnlich Bower, NZfA 1921, Sp.31.

(85) BGHZ, 8, S.35 (45) = RdA 1953, S.117f mit zustimmender Anmerkung von A.Hueck; ebenso Hueck-Nipperdey I, S.383 Anm.16; Nikisch I, S.514; Hacker, S.67; Reitmeier, S.256; Sternberg, S.34; Schniedermann, S.45; vgl. auch LAG Berlin: Entscheidungskalender Nr.26/61 4 S.422 = ARSt Bd.XXVII Nr.288 (künstl.Leiter eines Theaters): subjektiver Vertrauensverlust soll genügen, im Ergebnis aber zutreffend.

(86) ARSt Bd.1964/I Nr.194, aber nur teilweise veröffentlicht.

des Fortbestehens der Vergütungspflicht liegt der Schluß nahe, daß auch die anderen, aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Rechte und Pflichten grundsätzlich bestehen bleiben. Und deshalb bewirkt der Widerruf der Prokura nur insoweit den Wegfall der Beschäftigungspflicht, als dieser selbst reicht. Nicht aber ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 52 Abs. 1 HGB (87) ein Recht zum jederzeitigen Entzug auch der (gesamten) Geschäftsführungsbefugnis (88) - diese erschöpft sich ja nicht nur in der rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis - und damit in seiner praktischen Konsequenz eine jederzeitige Befreiungsmöglichkeit von der Beschäftigungspflicht.

§ 52 Abs. 1 HGB hat Ausnahmecharakter. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der Beschäftigungspflicht, es in das freie, gerichtlich nicht nachprüfbare Belieben des AG zu stellen, ob er den AN beschäftigt oder nicht.

Noch unter einem anderen Gesichtspunkt kann die Beschäftigungspflicht eine Begrenzung erfahren, so wenn etwa der Betrieb einer Zeitung veräußert wird, der Erwerber aber eine grundlegend andere politische Richtung als der angestellte Redakteur oder Journalist vertritt. In diesem Falle wird man dem Interesse des neuen AG den Vorrang einräumen und dem AN einen Beschäftigungsanspruch versagen müssen (89). Ähnliches gilt bei erheblichen Meinungs-
differenzen wirtschaftspolitischer oder kultureller Art.

-
- (87) Vgl. für den Vorstand eines Vereins § 27 Abs.2 BGB; ferner § 545 HGB und die Ausführungen dazu oben S.164.
(88) So auch Reitmeier, S.256f - anders A.Hueck, RdA 1953, S.118.
(89) Vgl. dazu einen praktischen Fall bei Kreller, Arch-ZivPr.125, S.86 Anm.281; Heinsheimer, S.35f Nr.80; Lenel, S.139 Nr.539.

c. Durch die Person oder das Verhalten des Arbeitnehmers
bedingte Gründe:

Verschiedentlich sieht sich der AG aus unmittelbar oder mittelbar in der Person bzw. in dem Verhalten des AN liegenden Umständen, von denen nachfolgend einige typische angeführt werden sollen, veranlaßt, auf die Dienste des AN zu verzichten.

aa.

Aus verständlichen Gründen legt der AG großen Wert darauf, daß der von ihm eingestellte AN den vertraglich vereinbarten Leistungsanforderungen in vollem Umfange gerecht wird. Das trifft in besonderem Maße dann zu, wenn eine einwandfreie Arbeitsleistung notwendige Vorbedingung für den weiteren Fertigungsprozeß ist. Stellt sich heraus, daß es beim AN an der erforderlichen Eignung, den körperlichen oder geistigen Fähigkeiten fehlt, um die geschuldete Leistung zu erbringen, dann entfällt die Beschäftigungspflicht. Allerdings genügt in der Regel ein einmaliges Versagen ebensowenig wie es eine Kündigung rechtfertigt. Der AN muß auf jeden Fall Gelegenheit erhalten, den AG von seiner Leistungsfähigkeit zu überzeugen (90). Wurde aber die mangelnde Eignung bereits während der Probezeit erkannt, ohne daß der AG daraus die Konsequenzen gezogen hat, dann kann er sich später nicht mehr auf den Wegfall der Beschäftigungspflicht berufen.

bb.

Als weiterer Grund läßt sich der objektiv begründete Verdacht von strafbaren oder anderen pflichtwidrigen Hand-

(90) Siehe auch Finkelstein, S.72; Dienstag-Elster, S.441f; Riepenhausen, S.102; Hacker, S.63, die die Beschäftigungspflicht nur bei völligem Versagen oder absoluter Unfähigkeit entfallen lassen wollen, während Reitmeier, S.268, es allein auf die individuelle Interessenabwägung abstellen will.

lungen anführen (91). Wenn ein solcher Verdacht schon ein Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigen AN sein kann (92), dann läßt sich erst recht die Nichtbeschäftigung des AN rechtfertigen. Sie belastet den AN weniger als die fristlose Kündigung; denn das Arbeitsverhältnis bleibt in seinem rechtlichen Bestand erhalten. Auch wird die Nichtbeschäftigung nur vorübergehend bis zur Klärung der Vorwürfe ausgesprochen. Zu beachten ist aber, daß es sich um einen dringenden und schwerwiegenden Verdacht handeln muß, wobei auch der Schwere der vermuteten Verfehlung Bedeutung zukommt. Gerade strafbare und pflichtwidrige Handlungen sind geeignet, das gegenseitige Vertrauen zu erschüttern. Freilich muß die strafbare oder pflichtwidrige Handlung irgendwie in Beziehung zur zu verrichtenden Tätigkeit stehen. Ein solcher Zusammenhang ist zu bejahen, wenn etwa der Verdacht eines Ladendiebstahls durch einen Verkäufer, oder der Verdacht eines Urkundendelikts durch einen Buchhalter besteht. In der Praxis sind die Fälle von Nichtbeschäftigung wegen des Verdachts strafbarer Handlungen allerdings nicht sehr häufig, weil der AG dem AN dann meistens fristlos kündigt. Bei den wenigen, hier einschlägigen Entscheidungen handelte es sich um Diebstahls- (93), Begünstigungs- und Hehlerei-verdacht (94) sowie um den Verdacht des Verstoßes gegen Wirtschaftsbestimmungen (95). Je intensiver der AN bemüht

-
- (91) Vgl. LAG München AP 50 Nr. 39, jedoch nahm das LAG zur Frage der Suspendierung nicht Stellung.
(92) Vgl. BAG NJW 1964, S. 1918 und in ständiger Rspr.; Hueck-Nipperdey I, S. 585; Nikisch I, S. 729 jeweils mit Nachw.
(93) LAG Düsseldorf Betrieb 1953, S. 616; LAG München AP 52 Nr. 24.
(94) RAG ARS 12, S. 101; BAG AP § 626 BGB Nr. 13.
(95) LAG Düsseldorf AP 50 Nr. 97. Der Entscheidung kommt derzeit kaum praktische Bedeutung zu.

ist, den Verdacht zu entkräften, um so weniger wird sich die Nichtbeschäftigung bis zur endgültigen Aufklärung des Sachverhaltes rechtfertigen lassen. Mit Rücksicht darauf, daß die Nichtbeschäftigung wegen des Verdachts einer strafbaren oder pflichtwidrigen Handlung vom AG leicht dazu mißbraucht werden kann, um einen "unliebsamen" AN in Mißkredit zu bringen, erscheint deshalb im Einzelfall eine besonders gründliche Interessenabwägung geboten.

cc.

Ferner kann unter Umständen die Verletzung eines Wettbewerbsverbotes durch einen leitenden Angestellten zum Wegfall des Beschäftigungsanspruches führen (96). Ist hingegen kein Wettbewerbsverbot vereinbart, dann darf der AN nicht allein deshalb unbeschäftigt bleiben, weil der AG befürchtet, der AN gehe sonst zur Konkurrenz (97).

dd.

Des weiteren berechtigen alle vom AN irgendwie herrührenden Umstände, selbst wenn er sie nicht zu vertreten hat, wie ekelerregende, ansteckende oder geistige Erkrankungen, zur Beschäftigungsverweigerung, soweit sie geeignet sind, die betriebliche Zusammenarbeit mit den anderen AN, dem Betriebsrat oder dem AG zu beeinträchtigen und dadurch den Betriebsfrieden ernsthaft zu stören oder zu gefährden. Hingegen reicht das bloße Verlangen der Belegschaft oder des Betriebsrates, einen

(96) Ebenso Waechter, Betrieb 1955, 362; vgl. auch LAG Mannheim AP 52 Nr. 6, der AN begehrte jedoch nur die vereinbarte Vergütung.

(97) Ähnlich lag der vom ArbG Hamburg ARSt Bd.XXIII Nr.548 entschiedene Fall.

AN nicht mehr oder nicht mehr mit bestimmten Arbeiten zu beschäftigen, allein noch nicht aus (98), es sei denn, es treten sachliche Gründe hinzu, die unter Berücksichtigung aller Einzelheiten die Weiterbeschäftigung des betroffenen AN als unzumutbar erscheinen lassen. Ansonsten ist der AG - ähnlich wie bei der Druckkündigung (99) - gehalten, sich schützend vor den AN zu stellen und unge-rechtfertigte von der Belegschaft oder Betriebsfremden ausgehende Angriffe gegen ihn abzuwehren.

ee.

Neben diesen Gesichtspunkten kommt der Frage, ob der einzelne AN für den Fall, daß er sich im Betrieb parteipolitisch betätigt (100) - darunter fällt etwa das Verbreiten politischer Zeitungen, Zeitschriften und Flugblätter, das Anbringen von politischen Plakaten -, mit dem Wegfall des Beschäftigungsanspruches rechnen muß, nicht unwesentliche Bedeutung zu. Während sich Bewerber (101) in diesem Zusammenhang aus Gründen der angestrebten Neutralität des Betriebes gegen das Tragen parteipolitischer Abzeichen innerhalb des Betriebes aussprach, wandte sich seinerzeit Vollmer (102) einseitig nur gegen jede dem Nationalsozialismus widerstrebende politische Betätigung. Vergewärtigt man sich, daß ein bewußtes Wirken für parteipolitische Ziele zu erheblichen Störungen des Betriebsfriedens führen und allzu leicht Spannun-

(98) Anders Maus, Arbeitsverh., S.225, der für die Nichtbeschäftigung genügen lassen will, daß der Betriebsrat einen eingestellten AN ablehnt.

(99) Vgl. dazu BAG AP § 626 BGB, Druckkündigung Nr. 1; BAG 9, S.53 (54).

(100) Entsprechendes gilt für ein bewußtes religiöses Tätigsein.

(101) LZ 1924, Sp.100; ähnlich Reitmeier, S.269.

(102) S.99.

gen und Gegensätze auch innerhalb der Arbeitnehmer-schaft verursachen kann - nicht ohne Grund verbietet § 51 Satz 2 BetrVerfG dem AG und dem Betriebsrat ausdrücklich jede parteipolitische Betätigung im Betrieb -, dann kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß insofern auch die Beschäftigungspflicht Grenzen unterliegt. Es müßte für die betriebliche Zusammenarbeit unliebsame Konsequenzen haben, wäre es jeder legalen politischen Richtung im Betrieb erlaubt, aktiv für ihre Ziele zu werben. Das Tragen parteipolitischer Abzeichen stellt aber noch nicht eine entsprechende Betätigung dar. Von den genannten Beschränkungen bleibt freilich jede noch so unbequeme aus der politischen Überzeugung kommende Meinungsäußerung, wenn sie sich nur im Rahmen unserer demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung hält, unberührt; denn es widerspräche dem Bestreben unserer Demokratie, den Bürger auch durch politische Meinungsbildung und -äußerung tätigen Anteil an Staat und Gesellschaft nehmen zu lassen, wollte man insoweit im Betrieb ein politisches Vakuum schaffen. Aber selbstverständlich muß sich der AN, macht er innerhalb des Betriebes von seinem Meinungsäußerungsrecht Gebrauch, stets so verhalten, daß dadurch der Betriebsfrieden nicht ernsthaft gestört wird und eine betriebliche Zusammenarbeit für die anderen AN und den AG noch zumutbar ist (103). In Anbetracht dessen können sich vor allem Beschränkungen hinsichtlich der Form der politischen Äußerung ergeben, die bei Nichtbeachtung - ein Kündigungsgrund braucht damit nicht notwendig gegeben zu sein - die Beschäftigungspflicht in Frage zu stellen geeignet sind.

(103) Vgl. Galperin-Siebert, BetrVG, § 51 Anm.9; ansonsten eine parteipolitische Betätigung aber grundsätzlich nicht ablehnend; Dietz, BetrVG, § 51 Anm.16c; BAG AP § 13 KSchG Nr.2 mit Anmerkung von A.Hueck= BB 1955, S.128.

Schließlich bestehen weitere Kollisionsmöglichkeiten zwischen der Beschäftigungspflicht einerseits und einer im Rahmen des Arbeitskampfes vom AG durchgeführten Aussperrung andererseits; denn die Aussperrung hat für die betroffenen AN nicht nur den zeitweiligen Verdienstausfall, sondern in ihrer praktischen Auswirkung auch die zeitweilige Beschäftigungslosigkeit zur Folge.

Daß die Aussperrung zum Zwecke der Erreichung günstigerer kollektivrechtlicher Bedingungen für den AG an sich ebenso wie der legitime Streik zulässig ist, bedarf keiner besonderen Ausführungen (104). Folgt man der Ansicht des BAG (105), die sich in der Praxis durchgesetzt hat und auch im Schrifttum überwiegend geteilt wird (105a) - danach führt die Aussperrung regelmäßig zur Gesamtlösung der von der Aussperrung betroffenen Arbeitsverhältnisse -, dann bedeutet das, daß der AG von seinen einzelvertraglichen Pflichten, also auch von der Beschäftigungspflicht, schlechthin befreit ist (106). Aber selbst wenn man davon ausgeht, daß während der Aussperrung das Arbeitsverhältnis in seinem rechtlichen Bestand erhalten bleibt (107), ist es dem AG aus Gründen der Kampfparität nicht verwehrt, neben der Lohnzahlung auch die tatsächliche

-
- (104) Soweit Art.29 Abs.5 der Hessischen Verfassung vom 11. Dezember 1946 die Aussperrung für rechtswidrig erklärt, verstößt diese Bestimmung - entgegen der Ansicht von Schnorr von Carolsfeld, S.241 - nach ganz herrschender Meinung (vgl. u.a. Hueck-Nipperdey II, S.615, 30 mit überzeugender Begründung und weiteren Nachweisen) gegen Bundesrecht und ist gemäß Art.31, 142 GG unwirksam.
- (105) Grundlegend BAG AP Art.9, GG, Arbeitskampf, Nr.1, bestätigt in: BAG AP Art. 9 GG Nr. 6, 10, 11, 24, 31.
- (105a) Vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß mit Nachw. weitere Hinweise in BAG AP Art. 9 GG, Arbeitskampf Nr.24.
- (106) So auch E. Molitor, Sicherung d. Beschäftigungsanspruches, S.286; Hacker, S.66.
- (107) Vgl. Hueck-Nipperdey II, S.610ff: Wahlmöglichkeit zwischen Gesamtlösung und Suspendierung der Arbeitsverträge - a.A. Nikisch II, S.95, 157, der nur eine im Wege der ordentlichen Kündigung erfolgte Aussperrung als rechtmäßig anerkennt.

Beschäftigung zu verweigern (108). Unter im wesentlichen denselben Gesichtspunkten ist auch, soweit nicht bereits eine Aussperrung vorliegt, die Frage zu beantworten, ob der AG bei einem Teilstreik innerhalb oder außerhalb seines Betriebes zur Beschäftigung der Nichtstreikenden verpflichtet ist. Die einzelnen AN bilden insoweit eine Gemeinschaft; sie müssen sich das - jedenfalls rechtmäßige - Verhalten der Gemeinschaft anrechnen lassen. Dieser Grundsatz muß aber dort seine Grenzen finden, wo es sich um einen von der Rechtsordnung mißbilligten wilden Teilstreik handelt. Das rechtswidrige Verhalten dieser AN kann den Beschäftigungswilligen nicht angelastet werden, jedenfalls solange nicht, als noch eine Beschäftigungsmöglichkeit besteht.

III. Insbessondere Suspendierung

Unter der Suspendierung des AN (109) versteht man die einseitige vorübergehende Freistellung des AN vom Dienst (110), den jeweiligen Verzicht des AG auf die Arbeitsleistung (111), ohne daß dadurch das Arbeits-

-
- (108) Auch Schnorr von Carolsfeld, S.242, unrichtig aber insofern, als er Art.29 Abs.5 der Hess.Verf. für rechtswirksam hält und aus dieser Norm einen verfassungsrechtlichen Schutz vor einer als Aussperrung in Erscheinung tretenden Beschäftigungsentziehung ableitet.
 - (109) Das Rechtsinstitut der Suspendierung oder vorläufigen Amtsenthebung entstammt dem Beamtenrecht (§§ 78ff BDO), hat aber auch in das Arbeitsrecht Eingang gefunden, wenn auch dessen Voraussetzungen und Wirkungen verschiedenartig sind. Seine Berechtigung ist allerdings umstritten.
 - (110) E.Molitor, Suspendierung, in: ArbR-Blattei; Gumpert, BB 1961, S.833ff.
 - (111) RAG ARS 28, 328; Salfeld, NZfA 1932, Sp.357; Isele, S.118.

verhältnis eine Beendigung erfährt (112). Zu ihr greift der AG, wenn er Verfehlungen des AN vermutet, die eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermögen, aber noch nicht sicher ist, ob die Vermutungen zutreffen (113).

Verschiedentlich wird zwischen der einfachen Freistellung und der Suspendierung ein Unterschied gemacht und die Suspendierung als über die bloße Nichtbeschäftigung hinausgehend angesehen. Der suspendierte AN erhalte nicht nur keine Arbeit, sondern ihm werde die Ausübung jeder Tätigkeit im Betriebe und darüber hinaus häufig sogar das Betreten des Betriebes untersagt (114).

Zwischen der "Freistellung" einerseits und der "Suspendierung" andererseits besteht aber kein rechtlich erheblicher Unterschied. Vielmehr stellt sich das Recht zur Suspendierung als ein Anwendungsfall des Rechts zur Nichtbeschäftigung dar. Solange die Ansicht vertreten worden ist, der AG könne jederzeit auf die Dienstleistung des AN verzichten, stand es auch im Belieben des AG, den AN vom Dienst zu suspendieren, zumal mit der Suspendierung ebenso wie mit der Freistellung eine Lohnminderung nicht verbunden

(112) E. Molitor, aaO.; Hueck-Nipperdey I, S.385; Nikisch I, S.515; RAG ARS 28, S.327; BAG AP § 7 AltbankenG Berlin Nr. 2.

(113) Vgl. dazu die Ausf. oben S.183.

(114) So Hueck-Nipperdey I, S.385; Nikisch I, S.515; B. Molitor, S.65f; Reitmeier, S.271; Hedderich, S.9.

ist (115).

Was das Verbot, den Betrieb zu betreten, betrifft, so genügt der Hinweis, daß auch beim Vorliegen von Gründen, die eine "Freistellung" rechtfertigen können, das Hausrecht des AG den oben genannten Beschränkungen nicht unterliegt, so daß mit der "Freistellung" auch ein Betriebsbetretungsverbot ausgesprochen werden kann. Zieht man weiterhin die von der Rechtsprechung und vom Schrifttum angeführten Gründe, vor allem den Verdacht strafbarer Handlungen oder sonstiger Pflichtverletzungen (116), in Betracht, die eine Suspendierung rechtfertigen sollen, dann zeigt sich, daß es im wesentlichen dieselben Umstände sind, die auch eine "Freistellung" zu begründen vermögen. Es bleibt also festzustellen, daß hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen zwischen der "Suspendierung" und der "Freistellung" ein wesentlicher Unterschied nicht nachweisbar ist (117).

-
- (115) BAG NJW 1964, S.1913 (1920) m.N. - anders Hueck-Nipperdey I, S.336, Nikisch I, S.516f, wenn der AN schuldhaft den Verdacht auf sich gelenkt hat; vgl. auch LAG Düsseldorf Betrieb 1953, S.616 u. 996.
- (116) Vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 490, B 334 mit ausführlichen Nachweisen.
- (117) Zutreffend unterscheiden deshalb zwischen der Suspendierung und der eigentlichen Freistellung nicht: E. Molitor, Suspendierung, ArbR-Blattei; Bobrowski-Gaul, S.300; Staub-Bondi, HGB (1926), § 70 Anm.30; vgl. auch LAG München AP 51 Nr.119; LAG München AP 52 Nr. 24 mit zustimmender Anmerkung von E. Molitor; LAG Mannheim AP 52 Nr. 200.

Sechster Teil:

Folgen der Verletzung des
Beschäftigungsanspruches

A Materielles Recht

I. Erfüllungsanspruch

Es entspricht der herrschenden Anschauung, daß der Beschäftigungsanspruch als Erfüllungsanspruch gerichtlich verfolgt werden kann (1). Und in der Tat liegt darin für den von der Nichtbeschäftigung betroffenen AN die größte praktische Bedeutung. Immerhin hatten von 81 gestellten Klageanträgen (2) 35 - das sind 43,3 % - die Verurteilung zu tatsächlicher Beschäftigung zum Gegenstand.

Wenn demgegenüber ein Erfüllungsanspruch deshalb verneint wird, weil dessen Verwirklichung für die Vergangenheit nicht mehr möglich sei - anderenfalls müßte der AN neben seiner künftigen Beschäftigung noch die unterbliebene Dienstleistung nachholen, wozu er aber nicht verpflichtet sei (3) -, so kann diese Ansicht keine uneingeschränkte Zustimmung finden. Zwar trifft es zu, daß die Arbeitsleistung für die Vergangenheit regelmäßig nicht mehr nachholbar ist; denn wie die Leistungszeit im allgemeinen einen wesentlichen Bestandteil der Arbeitsleistungspflicht bildet, so daß deren Erfüllung zu einem

(1) U.A. Hueck-Nipperdey I, S.384; Nikisch I, S.518; Kaskel-Dersch, S.202; S. a. d. i. n. g. e. r - Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.266; Soergel-Siebert, § 611 Anm.186; BAG 2, S.221ff; LAG Berlin ARSt Bd.XXVII Nr.288 - a.A. Dienstag, Ufita Bd.3, S.343 und die ältere Judikatur der Bünnenschiedsgerichte, Nachweise bei Finkelstein, S.106: nur Schadensersatzanspruch; ähnlich Urban, S.61, aber ein Kündigungsrecht zubilligend; Kohler, DJZ 1911, Sp.54: nur ein Kündigungsrecht.

{2} Vgl. Übersicht S.13ff.

{3} Schramm, S.53f.

späteren Zeitpunkt unmöglich ist (4) - man kann insofern von einer Fixschuld sprechen -, so ist es die Leistungszeit auch für die Beschäftigungspflicht. Ungeachtet dessen bleibt aber die Erfüllung für die Zukunft - und darauf wird es dem AN im besonderen ankommen - möglich. Freilich können sich erhebliche Schwierigkeiten ergeben, will der klagende AN bei der Erhebung einer Leistungsklage dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrages (§ 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO) gerecht werden, Schwierigkeiten, die besonders dann, wenn dem AN nur ein Anspruch auf "angemessene" Beschäftigung zugestanden wird, die prozessuale Verwirklichung des Beschäftigungsanspruches im Wege der Leistungsklage in Frage stellen müssen (5). Ansonsten ist aber unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen ein Leistungsantrag als bestimmt genug anzusehen, wenn der AN die Art, die Zeit und den Ort der vom AG geschuldeten Beschäftigung angibt. Je genauer der Aufgabenkreis des AN bestimmt ist, um so eher kann dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrages entsprochen werden. In anderen Fällen, aber auch nur dann, rechtfertigt ein auf Beschäftigung gerichteter Antrag - entsprechendes gilt, soweit dem AN tarifar- oder einzelvertraglich nur ein Anspruch auf angemessene Beschäftigung zusteht - die Feststellungsklage (6). Jedenfalls darf die Klage noch nicht deshalb, weil der Leistungsantrag zu unbestimmt ist, als unzulässig abgewiesen werden, wenn nur der Klageantrag für eine Feststellungsklage ausreicht (7). Was schließlich die Behauptungs- und

-
- (4) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.139; Nikisch I, S.274; Kaskel-Dersch, S.162, 170; siehe auch BAG 10, S.202 (207).
- (5) Zutreffend halten deshalb Dienstag-Elster, S.442; Kutzer, S.268, 286f; Finkelstein, S.114; Somborn, S.60; Riepenhausen, S.105; - alle ausdrücklich aber nur im Bereich des Bühnenarbeitsrechts - eine Leistungsklage, die auf die Verurteilung zu angemessener Beschäftigung gerichtet ist, wegen Unbestimmtheit des Klageantrages für unzulässig. Gegen den Klageausschluß Lohwasser, S.55, ihm zustimmend Reitmeier, S.35.
- (6) Siehe dazu RG Warn Erg.Bd.1910 Nr.433; LAG München, AP 51 Nr.119, aber zu allgemein - a.A. Röhler, Betrieb 1958, S.1466 Anm.45.
- (7) Wieczorek, ZPO, § 256 Anm.B IV a 2.

Beweislast betrifft, so hat der AN die Voraussetzungen der Pflicht zu tatsächlicher Beschäftigung zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Hierzu gehören das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, die Tatsache der Nichtbeschäftigung und das Bestehen eines Beschäftigungsinteresses in den Fällen, in denen ein solches nicht von vornherein als gegeben vorausgesetzt werden kann, nämlich bei AN, die nur einfache Arbeiten verrichten, die eine besondere Vor- und Ausbildung nicht erfordern. Soweit AN der zuletzt genannten Gruppe ihre Beschäftigung begehren, sind sie für das Vorliegen eines beachtlichen Beschäftigungsinteresses darlegungs- und beweispflichtig. Eine Vermutung für das Vorhandensein eines Beschäftigungsinteresses besteht nicht (8); denn wie dargetan, ist nicht in jedem Falle ein Interesse des einzelnen AN an seiner tatsächlichen Beschäftigung gegeben. Im Gegenteil spricht aus der Tatsache der Lohnfortzahlung durch den AG, daß der Beschäftigung des AN irgendwelche Interessen des AG entgegenstehen.

Schließlich könnte man aber daran denken, den AN insoweit aus sozialen Gründen von der Behauptungs- und Beweislast zu befreien. Als Beispiel einer solchen Regelung läßt sich das KSchG anführen, und zwar hinsichtlich der Umstände, aus denen sich die Sozialwidrigkeit der Kündigung ergibt (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Aus diesem Beispiel läßt sich jedoch nicht folgern, daß grundsätzlich in Arbeitnehmerprozessen eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast stattfindet. Für § 11 KSchG gilt die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG nicht.

Soweit die Beschäftigungspflicht des AG entfällt, weil dem AG die Weiterbeschäftigung unzumutbar ist, ist es Sache des AG, diese rechtshindernde Einwendung im Prozeß geltend zu machen.

(8) Anders die überwiegende Meinung, Nachweise oben S. 48 f.

II. Anspruch auf Schadensersatz

Verletzt der AG schuldhaft die Beschäftigungspflicht und wird dadurch dem AN ein Schaden zugefügt, so hat ihn der AG zu ersetzen.

Wie ausgeführt, kann die Beschäftigungspflicht - von Ausnahmen einmal abgesehen - für die Vergangenheit nicht mehr erfüllt werden. Es liegt insofern ein Fall nachträglicher teilweiser - das bedeutet im Arbeitsrecht zeitweiser - Unmöglichkeit, nicht aber Schuldnerverzug (9) vor; denn letzterer setzt immer voraus, daß die geschuldete Leistung überhaupt noch erbracht werden kann. Mithin regeln sich die Rechtsfolgen und etwaigen Schadensersatzansprüche bei verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach § 325 BGB (10) (11). Hingegen lassen

-
- (9) Anders Goldbaum-Jacoby, S. 32; Lohwasser, S. 55 ff; Kopacz, S. 56; Daubitz, S. 84 ff; Finkelstein, S. 100, 115; Wilke, S. 42; Vollmer, S. 107; Giese, Quelle 1953, 28; Grub, ARBl unter C; Hedderich, S. 88; Sternberg, S. 42; Schniedermann, S. 48.
- (10) So auch Schramm, S. 53; Stolzenburg, S. 29; Becker, S. 74; Schnorr von Carolsfeld, S. 242 a.E.; Reitmeier, S. 41 E Molitor, Sicherung des Beschft.anspr. S. 288.
- (11) Die Frage des Annahmeverzuges und dessen Rechtsfolgen nach § 615 BGB soll bei der Erörterung der Rechtsfolgen bei Verletzung der Beschäftigungspflicht wegen der dogmatischen Verschiedenheit beider Rechtsinstitute außer Betracht bleiben, treten doch die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges auch ohne das Bestehen einer Beschäftigungspflicht ein.

sich regelmäßig nicht, wie vielfach, meist ohne Begründung, angenommen wird (11a), Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung herleiten. Da sich bei schuldhafter Verletzung der Beschäftigungspflicht die entsprechenden Rechtsfolgen schon aus dem § 325 BGB ergeben, bleibt für einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung kein Raum. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der AG den AN zwar beschäftigt, jedoch entgegen dem Vertragsinhalt; denn auch in den Fällen der Schlechterfüllung greifen die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung Platz.

Des weiteren bestehen Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, wenn mit der Verletzung der Beschäftigungspflicht zugleich ein zugunsten des betroffenen AN bestehendes Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) verletzt

(11a) So Stolzenburg, S. 29; Salfeld, NZfA 1932, 358; Würdinger RGRK, HGB, Anm. 18 zu § 59; Riepenhausen, S. 105; Hedderich, S. 88; LAG Freiburg/Br., Urteil vom 28.2.1953 - Sa 147/52 - u. LAG Berlin, Entscheidungskalender Nr. 26/1961 4 S. 421 = ARSt XXVII Nr. 288; ArbG Berlin, Urteil vom 19.1.1962 - 30 Ca 98/61 -. In diesem Sinne wohl auch Kaskel-Dersch, S. 202; Bobrowski-Gaul, S. 250; Schlegelberger-Schröder, HGB, Anm. 87 c zu § 59; Maus, Arbeitsverh., S. 225; Röhler, Betrieb 1958, 1466; Hueck-Nipperdey I, S. 384 i.V.S. 397, während Staudinger-Nipperdey-Neumann, Anm. 266 zu § 611 u. Nikisch I, S. 518 nur von einer Schadensersatzpflicht des AG bei schuldhafter Nichtbeschäftigung sprechen, ohne jedoch eine Anspruchsgrundlage dafür zu benennen.

wird (12). Solche kommen für Lehrlinge (§§ 76 Abs. 2 HGB, 127 GewO, 22 HandwO), für Schwerbeschädigte (§ 12 Abs. 1 SchwerbG) (13) und ganz ausnahmsweise für Betriebsratsmitglieder (§ 53 Abs. 1 BetrVG) in Betracht. Zu erwähnen sind schließlich die §§ 823 Abs. 2 in Verbindung mit 226 sowie 826 BGB, deren Voraussetzungen allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen erfüllt sein dürften. Nicht aber läßt sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Artikel 1 u. 2 GG begründen (14). Da diese Grundrechtsbestimmungen nicht zur Begründung der Beschäftigungspflicht herangezogen werden können, kommen sie im Hinblick auf die Nichtbeschäftigung des AN auch nicht als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB in Frage.

Nach dem System des BGB kann wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden (§ 253 BGB). An einer derartigen Regelung fehlt es aber im Hinblick auf die Verletzung der Beschäftigungspflicht.

-
- (12) Hingegen kann Schniedermann, S.48, nicht gefolgt werden, wenn er in Anknüpfung an die häufig vertretene Auffassung vom Recht am Arbeitsplatz als einem "sonstigen Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB auch die Beschäftigungspflicht als durch diese Norm geschützt ansieht. Wie nachgewiesen, S.105ff, mangelt es schon daran, daß die Beschäftigungspflicht Bestandteil des Rechts am Arbeitsplatz ist.
- (13) BAG 13, S.109 (113); anders Nikisch, Anm. in ArbR-Blattei, Schwerb zu Entsch.12, weil die Einwilligung des Verletzten vorliege. Entgegen Nikisch wird aber nur ausnahmsweise eine solche Einwilligung anzunehmen sein, da regelmäßig mindestens ein stillschweigender Widerspruch vorliegen wird.
- (14) Anders Schlegelberger-Schröder HGB, Anm.87c zu § 59. Insoweit durchaus konsequent, wenn man die Artikel 1 u.2 GG als Anspruchsgrundlage ansieht.

Ogleich der durch die Nichtbeschäftigung entstehende Schaden vorwiegend immaterieller Art ist, so kann doch nicht gesagt werden (15), daß durch die Nichtbeschäftigung immer nur ein immaterieller Schaden verursacht werde. Ein vermögenswerter Schaden kann etwa dadurch entstehen, daß der AN infolge entgangener Fortbildung und unterbliebener Übung in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird und dadurch in Zukunft nur eine schlechter bezahlte Stellung findet. Einen solchen Vermögensschaden nachzuweisen, wird allerdings in den meisten Fällen auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen, wenn man bedenkt, daß sich ein derartiger Schaden erst sehr spät einstellen kann, der sich zudem selbst dann nicht ohne weiteres substantiieren läßt. Aber immerhin ist es möglich, hier § 287 ZPO heranzuziehen. Danach entscheidet das Gericht über die Schadenshöhe unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. In Anlehnung an die Spruchpraxis der Bühnenschiedsgerichte (16) wird man dem AN je nach der Schwere und den (absehbaren) Folgen der Pflichtverletzung als Pauschale regelmäßig einen Schadensbetrag bis zur Höhe von drei Monatsgehältern, und zwar unbeschadet des Nachweises eines weiteren Schadens, zusprechen können.

Rechtfertigt die Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht die fristlose Kündigung nach den §§ 626 BGB, 70 HGB, 133b GewO oder 16 Abs. 1 LAO und wählt der AN dieses Mittel, dann ist der AG gemäß § 628 Abs. 2 BGB (17) bzw.

(15) Anders Becker, S.74.

(16) Vgl. Dienstag, S.138; Riepenhausen, S.109 und Erg.Bd. S.67f mit Nachweisen: in aller Regel drei bis fünf Monatsgagen als Schadensersatz; vgl. ferner LAG Berlin, Entscheidungskalender Nr.26/61 4 S.421 (426): Schadensersatz des nicht beschäftigten Regisseurs in Höhe der Gage der nicht vorgenommenen Inszenierungen, während das LAG Berlin, WA 1958, 58, für eine ausgefallene Vertragssaison sogar bis zu 12 Monatsgagen zusprechen will.

(17) Ein solcher Fall lag der Entscheidung des LAG Frankfurt/M, ARSt Bd.VI Nr.512, zugrunde.

§ 70 Abs. 2 HGB - diese Bestimmungen sind auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden - zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verursacht worden ist. Dabei ist über den Schaden, der bis zum Ablauf der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist entstanden ist (18), hinaus jeder Schaden ohne eine zeitliche Begrenzung zu ersetzen (19), wenn er nur aus der Vertragswidrigkeit der Verletzung der Beschäftigungspflicht und der deswegen erfolgten Kündigung resultiert. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus der Erkenntnis, daß die Vorschriften der §§ 628 Abs. 2 BGB und 70 Abs. 2 HGB nicht auf den Besonderheiten des Dienst- oder Arbeitsvertrages beruhen, sondern allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechen. Der Grundsatz aber, daß der gesamte Schaden ohne zeitliche Begrenzung zu ersetzen ist, ergibt sich aus dem allgemeinen Schuldrecht.

III. Vertragsstrafe

Auch bietet sich die Möglichkeit, durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu versuchen, auf die Erfüllung der Beschäftigungspflicht Einfluß zu nehmen und bei Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung der Vertragspflicht die vereinbarte Vertragsstrafe zu fordern (20), und zwar zweckmäßigerweise neben der Beschäftigungspflicht, weil

-
- (18) Einen Schadensersatzanspruch nur in diesen Grenzen billigen zu: RAG ARS 9, S.215 (216); OLG (Hamburg) Bd.34, S.335; LAG Düsseldorf Betrieb 1954, S.580; Palandt-Gramm, § 628 Anm.3; Kaskel-Dersch, S.243; E.Molitor, Kündigung, S.306.
- (19) Vgl. BAG AP § 1 TVG, Friedenspflicht Nr. 3; ArbG Nürnberg BB 1962, S.336; RG JW 1912, S.747; Warn. Rechtspr. 1910 Nr. 267; RGRK, BGB, § 628 Anm.5; Erman-Küchenhoff, § 628 Anm.3e; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 628 Anm.48; Motive zum BGB, Bd.II, S.470.
- (20) Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist nicht nur geeignet, den Ersatz des nicht in allen Fällen auszugleichenden vorwiegend immateriellen Schadens zu erreichen, sondern macht in aller Regel auch den oft schwer zu erbringenden Schadensnachweis entbehrlich, vgl. RGZ 103, S.99.

anderenfalls dem AN, der ja in erster Linie beschäftigt werden will, wenig geholfen wäre. Wegen § 340 Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf es aber in diesem Fall einer ausdrücklichen Vereinbarung, falls bei Nichterfüllung der Erfüllungsanspruch trotz der Geltendmachung der Vertragsstrafe bestehen bleiben soll. Verlangt hingegen der AN bei nicht gehöriger Erfüllung der Beschäftigungspflicht neben der Erfüllung die Vertragsstrafe, dann muß er sich bei Erfüllung der Beschäftigungspflicht die Vertragsstrafe vorbehalten (§ 341 Abs. 3 BGB).

Bedenkt man freilich, daß die Parteien des Arbeitsvertrages nur ganz ausnahmsweise ausdrückliche Vereinbarungen über einen Beschäftigungsanspruch treffen, dann liegt es auf der Hand, daß eine Vertragsstrafe noch viel seltener Gegenstand einzelvertraglicher Abmachungen ist.

IV. Kündigung aus wichtigem Grund

Gemäß § 626 BGB - ähnlich §§ 70 HGB, 133b GewO, 16 Abs. 1 LAO - kann der AN beim Vorliegen eines wichtigen Grundes das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Als wichtiger Grund ist jeder Umstand anzusehen, der nach Treu und Glauben dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragszeit oder der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar macht.

Überwiegend wird angenommen, daß die Verletzung der Beschäftigungspflicht dem betroffenen AN ein Recht zur fristlosen Kündigung schlechthin gewährt (21). Verschiedentlich

(21) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 266; Saeger, Braunschweig 1911, S. 136; Opet, Gutachten, S. 227; Schrader, S. 61; Daubitz, S. 81; Kopacz, S. 55; Lohwasser, S. 53; Hamburger, S. 41; Eckstein, S. 110; Finkelstein, S. 95f; Kutzer, S. 288; Becker, S. 73; Hedderich, S. 88; Schniedermann, S. 47; Gumpert, BB 1961, S. 834; OLG (Breslau) Bd. 22, S. 294; KG JW 1917, S. 488 - a. A. Felisch-Leander, S. 275f, ein Kündigungsrecht schlechthin ablehnend.

ist aber auch die Auffassung anzutreffen, daß der AN immer dann, und zwar unabhängig vom Bestehen einer Beschäftigungspflicht, eine fristlose Kündigung aussprechen könne, wenn er beim Vorhandensein eines Beschäftigungsinteresses tatsächlich nicht oder nicht vertragsgemäß beschäftigt wird (22). Ist man geneigt, der letzten Ansicht zu folgen, dann bedeutet das, daß der AN selbst in den Fällen, in denen dem AG ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Nichtbeschäftigung zur Seite steht, von dem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch machen könnte.

Die Lösung dieses Problems hängt allein von der Beantwortung der Frage ab, ob dem AN bei Nicht- oder nicht vertragsgemäßer Beschäftigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zugemutet werden kann. Mithin kommt es ausschlaggebend weder auf eine "schuldhafte" Verletzung der Beschäftigungspflicht (23) noch auf das Bestehen einer Rechtspflicht zur Beschäftigung überhaupt an. Aber ohne Zweifel fallen diese Gesichtspunkte bei der Prüfung der Zumutbarkeit mit ins Gewicht.

Ogleich eingeräumt werden soll, daß bei einer Nichtbeschäftigung wohl in den meisten Fällen ein Recht zur fristlosen Kündigung bestehen wird (24), insbesondere dann, wenn der AG einen qualifizierten AN längere Zeit nicht beschäftigt, während eine nur vorübergehend, wenige Tage andauernde völlige oder teilweise Beschäftigungslösigkeit noch nicht unbedingt dazu berechtigen muß, so bedarf es doch in jedem Einzelfall der Berücksichtigung aller Umstände, um die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bejahen zu können.

(22) Lotmar Bd. II, S.260; Dernburg, Bd.II 2, § 307 II 2; Lohwasser, S.53; Finkelstein, S.96 - a.A. Hueck, Arbeitsvertragsrecht, S.156; Lautner, S.339.

(23) Anders Stolzenburg, S.28; B. Molitor, S.72f.

(24) Vgl. Grub, ArbR-Blattei unter C: "in der Regel ein wichtiger Grund"; Hueck-Nipperdey I, S.384; "unter Umständen"; siehe auch Nikisch I, S.518; Reitmeier, S.43; Sternberg, S.39f.

Eine Besonderheit besteht allerdings für gewerbliche Gesellen und Gehilfen. Sofern nämlich § 124a GewO keine Anwendung findet, hat diese Gruppe von AN kein Recht zum fristlosen Austritt; denn der die fristlosen Kündigungsgründe enthaltende abschließende Katalog des § 124 GewO führt die Nichtbeschäftigung nicht mit auf, und selbst soweit § 124 Abs. 1 Ziff. 4 GewO dem im Stücklohn Tätigen bei nicht ausreichender Beschäftigung ein Austrittsrecht gewährt, steht ihm ein solches jedenfalls dann nicht zu, wenn der AN trotz nicht ausreichender Beschäftigung den Verdienst erhält, den er normalerweise erhalten hätte (25). Wie dargelegt (26), bezweckt die Vorschrift nur den wirtschaftlichen Schutz des im Akkordlohn eingestellten AN. Es trifft deshalb de lege lata nicht zu, daß die bloße Nichtbeschäftigung bei Bestehen einer Beschäftigungspflicht und gleichzeitiger Gewährung einer entsprechenden Vergütung zur fristlosen Kündigung berechtigt (27).

Abschließend bleibt noch hervorzuheben, daß die fristlose Kündigung aber für den beschäftigungswilligen AN jedenfalls dann ein untaugliches Mittel ist, wenn der AN gerade an einer Beschäftigung in dem betreffenden Betrieb Interesse zeigt, oder wenn es erhebliche Schwierigkeiten bereitet, eine neue Arbeitsstelle zu finden.

B. Verfahrensrecht

I. Zwangsvollstreckung

Von ausschlaggebender Bedeutung für die Sicherung des Beschäftigungsanspruches ist seine Verwirklichung im Wege der Zwangsvollstreckung. Gäbe es diese Möglichkeit nicht, dann wäre mit der Anerkennung der Beschäftigungspflicht nicht mehr als ein Pyrrhussieg errungen.

(25) Grub, ArbR-Blattei unter C; Röhler, Betrieb 1958, S.1466.

(26) S.82.

(27) Anders Stolzenburg, S.28.

Wie dargetan, setzt die Erfüllung der Beschäftigungspflicht je nach dem Einzelfall eine Mehrzahl konkreter positiver Handlungen voraus. Deshalb kann sich die Zwangsvollstreckung sicherlich nicht nach § 894 ZPO richten (28); denn wenn auch bei jeder Handlung ein bestimmter Wille zum Ausdruck kommt, so hat sie nicht notwendig eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zum Inhalt, jedenfalls nicht im Hinblick auf die Beschäftigung des AN. Ebensowenig trifft es zu, daß die Durchsetzung der Beschäftigungspflicht als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO erfolgt (29). Sie ist vielmehr ausschließlich vom Willen des AG abhängig und kann regelmäßig durch einen Dritten nicht vorgenommen werden. Völlig zu Recht steht deshalb die herrschende Meinung (30) auf dem Standpunkt, daß die Beschäftigungspflicht als unvertretbare Handlung nach § 888 Abs. 1 ZPO zu vollstrecken ist, also durch Androhung und nötigenfalls durch Vollziehung von Geld- oder Haftstrafen.

Von verschiedener Seite wird jedoch die Ansicht vertreten, § 888 Abs. 1 ZPO sei im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung mit Rücksicht auf dessen Absatz 2, wonach die genannte Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, wenn es sich um die Verurteilung zur Leistung von Diensten

(28) Anders Daubitz, S.94.

(29) Anders Daubitz, S.93.

(30) Nachweise S.191 ; ferner Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Anm.VII zu § 510 b; Lohwasser, S.64; Braun, S.91; Goldbaum-Jacoby, S.67; Kopacz, S.58; Dienstag, S.138; Bewer, LZ 1924, 103; Somborn, S.69; Finkelstein, S.118; Wilke, S.45; Vollmer, S.111, 115; Grub, ArbR-Blattei unter C; Becker, S.76f; B. Molitor, S.74; Reitmeier, S.37; Sternberg, S.42; Schniedermann, S.50; jetzt auch E. Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S.289.

aus einem Dienstvertrag handelt, nicht anwendbar (31). Die Verfechter dieser Ansicht machen insbesondere geltend, daß Abs. 2 des § 888 ZPO aus dem allgemeinen Freiheitsgefühl der neueren Zeit (vor mehr als sechzig Jahren) entstanden sei. Danach solle niemand auf Grund eines Dienstvertrages in den Schuldturn kommen. Was dem AN recht sei, müsse dem AG billig sein.

Daß die Beschäftigungspflicht nicht unter den in § 888 Abs. 2 ZPO erwähnten Begriff der Leistung von Diensten fällt, bedarf keiner weiteren Darlegungen; denn wie sich aus dem Zusammenhang mit § 611 BGB ergibt, ist darunter nur die Arbeitsleistung des Dienstverpflichteten zu verstehen. Folglich käme nur eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift in Frage. Diese wäre gewiß nicht deshalb unzulässig, wie Stolzenburg (32) meint, weil § 888 Abs. 2 ZPO Ausnahmecharakter hat. Eine analoge Anwendung ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn dem entsprechend anzuwendenden Rechtssatz ein engeres Prinzip

(31) Dienstag-Elster, S.444; Kutzer, S.287 Anm.2; Heermann, S.70; Hedderich, S.91 (vgl. auch Molitor-Hueck-Riezler, S.147 Anm.23 und Kreller, ArchZivPr.125, S.111, allerdings nur im Hinblick auf den Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (1923), der für den Fall der Verurteilung zur Beschäftigung die Anwendung des § 888 Abs.1 ZPO in § 46 Abs.3 ausdrücklich ausschließt)- a.A. Bewer, RArbBl.NAT 1922,S.705; LZ 1924, Sp.106f; Lohwasser, S.64; Somborn, S.71f; Kopacz, S.58; Daubitz, S.94; Finkelstein, S.118ff; Stolzenburg, S.33; Vollmer, S.112; Becker, S.78f; B. Molitor, S.74; Reitmeier, S.38 Anm.110; Schniedermann, S.51.

(32) S.33.

zugrunde liegt und wenn die Anwendung innerhalb dieses Prinzips erfolgt (33). Dennoch erscheint die entsprechende Anwendung nicht gerechtfertigt.

§ 888 Abs. 2 ZPO, der erst durch die Novelle des Jahres 1898 auf "die Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage" ausgedehnt worden ist, soll nach dem Willen des Gesetzgebers den AN schützen. Grund für die Erweiterung des § 888 Abs. 2 ZPO war die Vorstellung, "daß es den freiheitlicheren Anschauungen kaum entsprechen dürfte, jemanden durch Geldstrafen oder gar durch Haft zwangsweise in seinem Dienste festzuhalten (34)." Diese Regelung ergänzt damit die im wesentlichen schon vor der Novelle des Jahres 1898 vorhanden gewesenen Vollstreckungsverbote bei der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe und zur Herstellung eines ehelichen Lebens. In allen drei Fällen handelt es sich aber um personenbezogene Rechtsverhältnisse, bei denen die Anwendung von Zwang mit den Vorstellungen über die persönliche Freiheit nicht vereinbar erscheint.

Daran anknüpfend ergibt sich die Frage, ob nicht auch der AG, wenn er zur Beschäftigung des AN verpflichtet ist, in seiner persönlichen Freiheit in einer vom Gesetz nicht beabsichtigten Weise eingeschränkt wird. Tatsächlich ist in diesem Sinne argumentiert worden (35).

-
- (33) Vgl. RGZ 87, S. 284 (286); S. 373; 113, S. 186; 162, S. 247; BGHZ 2, S. 306; 5, S. 65; BGH LM § 38 Dof Not Nr. 1; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 48, S. 297 Anm. 9 mit weiteren Nachweisen.
- (34) Vgl. Kommissionsbericht vom 26. April 1898, abgedruckt bei Hahn-Mugdan, 8. Bd., S. 427; siehe auch Sten. Ber. d. Plen. Sitz. des Reichstages 1897/98, S. 321f; Rede des Abg. Haase.
- (35) Nachw. S. 203 Anm. 31; vgl. auch § 46 Abs. 3 des Entwurfs eines allg. Arbeitsvertragsgesetzes, der die Anwendung des § 888 Abs. 1 ZPO ausdrücklich ausschließt.

Der Vergleich zwischen der Beschäftigungs- und der Arbeitsleistung überzeugt indessen nicht. Die Gleichbehandlung beider Fälle und somit eine analoge Anwendung des § 888 Abs. 2 ZPO ist regelmäßig nicht gerechtfertigt. Während nämlich die Erbringung der Arbeitsleistung die ganze Persönlichkeit des AN erfaßt, kommt dem persönlichen Moment bei dem zur Beschäftigung verpflichteten AG nicht so ausschlaggebende Bedeutung zu. Einmal braucht der AG die Erbringung der Arbeitsleistung nur entgegenzunehmen, Zum anderen berühren aber auch die mit der Beschäftigung verbundenen notwendigen Mitwirkungshandlungen (36) die höchstpersönliche Rechtssphäre des AG nicht in so hohem Maße, wie das beim AN hinsichtlich seiner Betätigung der Fall ist. Das trifft insbesondere für Großbetriebe zu. Dort ist der AG persönlich vielfach nicht einmal an den Mitwirkungshandlungen beteiligt. Eine andere Beurteilung mag nur dann gerechtfertigt sein, wenn der AG in einem handwerklichen oder gewerblichen Kleinbetrieb im Zusammenwirken mit dem AN selbst Arbeit verrichtet.

Ebensowenig überzeugt der Hinweis Hedderichs (37) auf Artikel 3 Absatz 1 GG (38). Der Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 Absatz 1 GG gebietet lediglich, sachlich Gleiches gleich zu behandeln. Wo aber sachlich zu rechtfertigende Unterschiede bestehen, einerseits die Arbeitsleistungspflicht des AN und andererseits die sachlich davon verschiedene Arbeitsleistungsannahmepflicht des AG, da kann dieser ein Willkürverbot enthaltende Verfassungsgrundsatz nicht verletzt sein.

(36) Vgl. S. 152 ff.

(37) S.91.

(38) So auch Erman-Küchenhoff, § 611 Anm.6bB mit Rechtsprechungs nachweisen; Waechter, Betrieb 1955, S.362.

Weitere Bedenken gegen die Anwendung des § 888 Abs. 1 ZPO könnten sich aus § 61 Abs. 4 ArbGG ergeben. Danach ist dann, wenn das Urteil die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung ausspricht, der Beklagte auf Antrag des Klägers zugleich für den Fall, daß die Handlung nicht binnen einer bestimmten Frist vorgenommen wird, zur Zahlung einer vom Arbeitsgericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung zu verurteilen. Aber auch diese Vorschrift steht der Anwendung des § 886 Abs. 1 ZPO nicht entgegen. Nachdem § 64 Abs. 4 Satz 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 3. September 1953 die Fassung erhalten hat: "Die Zwangsvollstreckung nach § 887 und 888 der Zivilprozeßordnung ist in diesem Falle ausgeschlossen", kann es keinem ernsthaften Zweifel mehr unterliegen, daß im Verfahren vor den Arbeitsgerichten die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887 f ZPO nicht allgemein, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 61 Abs. 4 Satz 1 ArbGG ausgeschlossen sein soll (39) (40).

-
- (39) Ebenso Alfred Hueck in Hueck-Nipperdey, I, S.384 und Anm.19; Goetz Hueck ebenda, S.951 und Anm.21; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Anm.VII zu § 510b; Dietz-Nikisch, ArbGG, § 61 Anm.32; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 61 Anm.103, § 1 Anm.92a; Bernhard Molitor, S.74; Reitmeier, S.38; Sternberg, S.42; Schniedermann, S.51; Erich Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruchs, S.289 (anders aber noch in: AP 51 Nr.40, 177/178; Recht auf Arbeit, S.733). Anders Schnorr von Carolsfeld, S.242; Galperin in BetrVG, I.Aufl., § 50 Anm.20; Hedderich, S.92; offenbar auch Siebert, HWS Bd.I, S.382.
- (40) Verlangt der AN unter den Voraussetzungen des § 61 Abs.4 ArbGG anstelle der Erfüllung der Beschäftigungspflicht (für die Zukunft) eine Entschädigung wegen Vertragsverletzung, dann umfaßt die Entschädigung regelmäßig nur den vermögenswerten, nicht aber den immateriellen Schaden - Anders E. Molitor, Sicherung des Beschäftigungsanspruches, S.288. Tritt nämlich der Entschädigungsanspruch an die Stelle des Erfüllungsanspruches, so kann ersterer nur in dem Umfange wie der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit bestehen. § 61 Abs.4 ArbGG will nur die Möglichkeit schaffen, das Ziel der Verurteilung auf den Erfüllungsanspruch, der Fristsetzung und der Verurteilung auf Schadensersatz durch einen einfachen Inzidentantrag zu erreichen.

II. Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß der AN den Erfolg seiner Klage durch eine einstweilige Verfügung (§ 62 Abs. 2 ArbGG) sichern kann. Anwendbar ist hier § 940 ZPO (41), nicht aber § 935 ZPO. Zwar fällt der Beschäftigungsanspruch auch unter die nach § 935 ZPO geschützten Individualrechte, aber seine Erfüllung erfordert nicht nur eine einmalige Handlung, sondern hat eine Vielzahl von im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses zu erbringenden Leistungen zur Folge.

Gegen die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung bestehen auch nicht insoweit durchgreifende Bedenken, als durch dessen Erlaß die für diesen Zeitraum angeordneten Leistungen faktisch zu einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers führen. Wohl entspricht es dem Zweck des Arrestverfahrens (§§ 916ff ZPO), nur eine vorläufige Regelung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses herbeizuführen, ohne dem Urteil des Hauptprozesses vorzugreifen. Ähnliches gilt für das Verfügungsverfahren. Die Rechtsprechung (42) hat aber den Erlaß einstweiliger Verfügungen, die zumindest zum Teil eine Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache beinhalten, im Rahmen des § 940 ZPO bei Dauerschuldverhältnissen zugelassen, sofern diese zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus sonstigen Gründen nötig erschienen. Dabei handelte es sich nicht nur um die

-
- (41) Ebenso Lohwasser, S.65; Wilke, S.46; Finkelstein, S.122 (S.123 eine einstweilige Verfügung positiven Inhalts allerdings für unzulässig haltend). Während Becker, S.79, Reitmeier, S.36, E.Molitor, Sicherung des Beschanspr., S.289 allgemein nur auf die §§ 935ff ZPO verweisen, wollen Hamburger, S.49 und Daubitz, S.91f nur § 935 ZPO anwenden.
- (42) RGZ 9, S.337; OLG(Kassel) 40, S.433; JW 1933, S.68, S.2925.

Geltendmachung fortlaufender Geldbeträge (43) und die vorläufige Räumung und Besitzeinweisung (44), sondern auch um dem Beschäftigungsverlangen durchaus vergleichbare Fälle, wie beispielsweise um eine einstweilige Verfügung hinsichtlich der Tätigkeitsart im Rahmen eines Dienstvertrages (45). Einschlägig ist hier vor allem eine Entscheidung des LAG Hamm vom 19.9.1958 (46). Danach ist eine einstweilige Verfügung, die die tatsächliche Beschäftigung eines AN zum Gegenstand hat, zulässig, wenn das Obsiegen des Antragstellers im Hauptverfahren in hohem Grade wahrscheinlich ist. Der Auffassung des LAG Hamm ist im wesentlichen zuzustimmen, jedoch muß darauf hingewiesen werden, daß im Verfahren nach den §§ 935 ff ZPO der Antragsteller den Anspruch und den Verfügungsgrund nur glaubhaft zu machen braucht. Glaubhaftmachung bedeutet aber weder Offensichtlichkeit, noch an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit, sondern es genügt eine überwiegende (47) Wahrscheinlichkeit. Nicht hingegen kommt es darauf an, wie das LAG Düsseldorf (48) meint, ob durch das Unterlassen der vorläufigen Weiterbeschäftigung eine Notlage des AN im Sinne einer finanziellen Einbuße heraufbeschworen wird, weil finanziellen Erwägungen für die Frage des Bestehens eines Anspruchs auf tatsächliche Beschäftigung, wie mehrfach betont, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

-
- (43) Nachweise bei Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO Anm. IV vor § 916.
 - (44) Vgl. statt vieler Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 938 Anm. I 2, auch BGH, NJW 1965, S. 915 zu § 116 BBauG.
 - (45) OLG Königsberg JW 1921, S. 350 f.
 - (46) BB 1959, 118, aber nur teilweise veröffentlicht; vgl. ferner ArbG Braunschweig ARSt Bd. 1964/I Nr. 50.
 - (47) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 294, Anm. 1 A; siehe auch LAG Tübingen NJW 1961, S. 2178.
 - (48) DB 1965, S. 259.

L e b e n s l a u f

Am 14. Oktober 1935 wurde ich, Achim Johannes Erich Lepke, in Breslau als Sohn des Reichsbahn-Oberlokomotivführers und dessen Ehefrau Elisabeth geborene Westerkowsky geboren.

Von September 1942 bis Januar 1945 besuchte ich die Volksschule in Breslau und Hermsdorf/Riesengebirge. Nach der kriegsbedingten Vertreibung aus Schlesien im Januar 1945 und der Neuansiedlung in Birkholz bei Berlin gehörte ich der achtklassigen Grundschule in Schwanebeck bei Berlin bis zum Jahre 1949 an. Sodann durchlief ich bei der Deutschen Reichsbahn in Berlin eine Lehre als Betriebs- und Verkehrseisenbahner, die ich im Juli 1953 erfolgreich beendete. Anschließend erhielt ich die Möglichkeit, mich an der Humboldt - Universität zu Berlin auf die Reifeprüfung vorzubereiten. An der Humboldt-Universität war ich von September 1953 bis Juli 1955 immatrikuliert.

Im Oktober desselben Jahres verlegte ich meinen Wohnsitz nach Berlin (West) und besuchte in Berlin-Schöneberg einen Sonderlehrgang für Ostabiturienten, wo ich im September 1956 das Zeugnis der Reife erhielt.

Im Oktober 1956 ließ ich mich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin immatrikulieren und studierte hier bis zur Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung am 15. Februar 1961 Rechtswissenschaften. In der Zeit vom 22. August 1961 bis zum 30. Juli 1965, dem Tage des Bestehens der zweiten juristischen Staatsprüfung in Berlin, befand ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts.

Durch Verfügung des Herrn Senators für Justiz vom 24. September 1965 wurde ich zum Gerichtsassessor ernannt. Ich war zunächst in einer Zivilkammer des Landgerichts Berlin, sodann bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin tätig und gehöre seit dem 15. September 1966 dem Arbeitsgerichts Berlin als Kammervorsitzender an.

Dissertationsdruck Fred Höpfner, 1 Berlin 12, Pestalozzistraße 105

